Die

Verteilung des periculum

bei partiellem Untergang einer Quantität, von der ein nach Maass, Zahl oder Gewicht bestimmter Teil verkauft, aber noch nicht ausgeschieden war.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der jurist. Doktorwürde

vorgelegt der

juristischen Fakultät

der

Königlich Bayerischen Friedrich-Alexanders-Universität

zu

Erlangen

von

Wilhelm Bruck,
Kammergerichts-Referendar.

BERLIN 1895.
Buchdruckerei Gustav Schenck, Königlicher Hofbuchhändler
SW. 19, Jerusalemerstr. 56.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0180

Meinen innig geliebten Eltern

als Zeichen der Dankbarkeit

gewidmet

vom

Verfasser.

Disposition.

I. Allgemeiner Teil: Das Periculum beim Kauf.

§ 1. Der Begriff des Periculum in seinen rechtlichen Beziehungen zu den Obligationen.

§ 2. Die Verteilung des Periculum bei den wichtigsten Arten des Kaufes.

§ 3. Der Grund, weshalb beim Specieskauf der Käufer die Gefahr trägt.

II. Besonderer Teil: Der beschränkt generische Kauf.

A. Begriff.

§ 4. Der beschränkt generische Kauf in den Digesten.

B. Rechtliche Natur.

§ 5. Der beschränkt generische Kauf ist keine Alternativ-Obligation.

§ 6. Der beschränkt generische Kauf ist auch keine bedingte Obligation.

§ 7. Der beschränkt generische Kauf ist eine reine Genusobligation.

C. Gefahrverteilung bis zur Perfektion.

§ 8. Die Verteilung des Periculum bis zur Ausscheidung vor erfolgter Lieferung.

D. Die Perfektion.

§ 9. Die Theorie Thöls.

§ 10. Die Theorie Iherings.

E. Gefahrverteilung nach der Perfektion.

§ 11. Die Verteilung des Periculum vor erfolgter Ausscheidung, aber nach erfolgter Lieferung.

§ 12 Die Folgen der *Mora accipiendi* des Käufers.

III. Schluss: Das Deutsche Recht.

§ 13. Die Bestimmungen des pr. A. L. R. des H. G. B.'s und des II. Entwurfs eines B. G B.'s.

Litteratur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten 10 Aufl.

Bechmann, der Kauf nach gem. Recht, Bd. I, II.

Bekker, In seinen Jahrbüchern Bd. V S. 350 ff. „zur Lehre vom Genuskauf."

Brandis, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. VII. S. 157 ff. „Ueber absolute und relative Nichtigkeit."
Kritische Viert. Jahrschrift Bd. 28 (n. F. Bd. 9) S. 452 ff. Kritik der Hessler'schen Abhandlung „Perfekt".

Brinz, Pandekten 2. Aufl. Bd. 2.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 2. Aufl.

Dernburg, Pandekten 4. Aufl. Bd. I. II.
Geschichte und Theorie der Kompensation 2. Aufl. 1868.
pr. Priv. Recht 2. Aufl. Bd. 2.

Eck, In Holtzendorff's Lexikon 3. Aufl.
Art. „Periculum" S. 34 ff.
„ „Gattungskauf" S. 7 ff.
„ „Kauf" S. 437 ff.
In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 33 S. 140 ff.

Fick, Im Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht „Dispositionsstellung teilweise fehlerhafter Waaren" Bd. 8 S. 21 ff., Bd. 9 S. 371 ff.

Flatau, Dissertation. Breslau 1880 „Ueber das Tragen der Gefahr beim Genuskauf."

Förster, pr. Priv. Recht 4. Aufl. Bd. 2.

Fuchs, Archiv für die civil. Praxis Bd. 34 S. 106 ff. „zur Lehre von Periculum bei Obligationen."

Gareis, In Endemann's Hdbch. des H. W. u. Seerechts 1882 Bd. 2 S. 540 fl. „Kauf".

Gentinetta, Dissertation. Bern 1888 „Ueber das Tragen der Gefahr beim Kaufe."

Glück, Pandekten Kommentar Bd. 17 S. 185 ff.

Goldschmidt, in seiner Zeitschrift Bd. 1 S. 66 ff. „der Kauf auf Probe u. s. w.", Bd. 3 S. 298 ff., Bd. 19 S. 105 ff. „Ueber die Statthaftigkeit der ädilit. Rechtsmittel u. s. w."

in s. Handbuch des Handelsrechts Bd 1 Abt. 2 (1868) S. 537 ff.

Goose, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 9 S. 197 ff. „zur Lehre vom Casus."

Dissertation Berlin 1866 „*De casu quaedam observ.*"

Gruchot, Beiträge Bd. 9 S. 357 ff.

Hanausek, „Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare u. s. w." 1. Abt. 1883.

Hasse, Die *culpa* des Röm. Rechts 1815.

Hartmann, Juristischer Casus u. s. w. Jena 1884.

Heyer, In der Zeitschrift für Civ. Recht und Proz. n. F. Bd. 15 S. 1 ff. „Beiträge zur Lehre vom Kauf."

Hoffmann, Ueber das Periculum beim Kauf, Wien 1870.

Ihering, Geist des Röm. Rechts. IV. Aufl. Bd. 3.

Jahrbücher für Dogmatik Bd. 3 S. 449 ff., Bd. 4 S. 366 ff. „Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt."

Koch, Das Recht der Forderungen 2. Aufl. Bd. 1.

Kohler, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 17 S. 262 ff. „Annahme und Annahmeverzug."

Kuntze, Diss. Berlin 1851 „*In Obligationibus bilateralibus*" u. s. w.

Lenel, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 19 S. 159 ff. „Parteiabsicht und Rechtsverfolg."

Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen" Berlin 1888.

Molitor, *Les obligations en droit romain* Bd. 1 2. Aufl. 1866.

Fr. Mommsen, Beiträge zum Oblig. Recht Bd. 1.

Motive, Zum ersten Entwurf eines B. G. B.'s Bd. 2.

Pescatore, Die sog. alternative Obligation Marburg 1880.

v. Philippovich, Grundriss der pol. Oekonomie, Bd. 1, Freiburg 1893.

Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse 1885.
Regelsberger, Kr. V. J. Schrift Bd. 13 S. 90 ff. „Ueber die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag."
Arch. für die civ. Praxis Bd. 49 S. 183 ff., „Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf.
Reatz, Zeitschrift für civ. Recht und Proz. n. F. Bd. 15 S. 351 ff. „zur Lehre vom kasuellen Untergang oblig. Rechte."
Savigny, Obligationsrecht 1851 Bd. 1.
Sintenis, Das prakt. Gem. Civilrecht Bd. 2 1861.
Stahl, In der Zeitschr. für H. R. Bd. 18 S. 365 ff. „Ueber den Erfüllungsort u. s. w."
Stintzing, Jahrb. für Dogm. Bd. 10 S. 177 ff. „*Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio.*"
Stobbe, zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechtes 1855.
Thibaut, Pandekten Bd. 1 4. Aufl, Bd. 2 8. Aufl.
Thöl, Handelsrecht 6. Aufl.
Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. 2 Leipzig 1840.
Wächter, Arch. für die civ. Praxis Bd. 15 S. 97 ff. „Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?"
Windscheidt, Pandekten 7. Aufl. Bd. 2.
Heidelberger kr. Zeitschrift 1855 Bd. 2 S. 106 ff.

I. Allgemeiner Teil:

Das Periculum beim Kauf.

§ 1.

Der Begriff des Periculum in seinen rechtlichen Beziehungen zu den Obligationen.

Der laienmässige Sprachgebrauch verwendet mitunter einen Ausdruck in einem viel weiteren Sinne als die Wissenschaft. Das trifft auch für das Wort „Gefahr" zu.

Gefahr schlechthin bedeutet jedes ungewisse, zukünftige Ereignis, das Menschen oder Sachen bedroht.

Gefahr im Sinne des Civilrechts ist nur der zu befürchtende Vermögensnachteil.[1]) Trifft er ein Gut, das nur zu einer Person in rechtlicher Beziehung steht, so bleibt er juristisch unerheblich; der Satz: *„casum sentit dominus"* drückt lediglich die Thatsache aus, dass Jeder seinen eigenen Schaden zu tragen habe. Von Bedeutung wird das Periculum erst dann, wenn der Beschädigte einen Andern für diesen Schaden verantwortlich machen kann.[2])

Deshalb gehört dieser Begriff in das Obligationenrecht,[3]) welches die Beziehungen zwischen den Personen regelt.

---

[1]) Vgl. Thibaut Bd. 2 § 476, S. 30.
[2]) Goose Jahrbücher a. a. O. S. 197.
[3]) Hasse a. a. O. § 77 S. 378 ff.

Die römischen Quellen haben den Begriff Periculum nicht streng definirt und demzufolge keine feste, abgegrenzte Bedeutung damit verbunden.[4]) Sie fassen ihn nicht einmal immer als Vermögensnachteil auf,[5]) und sie beziehen ihn nicht nur auf den zukünftigen, sondern auch bisweilen auf den bereits eingetretenen Schaden. Ebensowenig giebt die Verwendung des Ausdrucks Periculum Aufschluss über die Entstehungsgründe des Vermögensnachteils. Bald wird ein durch *dolus*, bald durch *casus*, oder *vis major* herbeigeführter Schaden damit bezeichnet.[6])

Indessen findet sich bei den Obligationen, die auf Sachleistungen gehen, die immer wiederkehrende Bezeichnung: *„res est periculo alicuius“* und hier bedeutet Periculum stets das „Zahlenmüssen“ oder „den Verlust, ohne dafür Ersatz zu bekommen“.[7])

Bei einseitigen Obligationen,[8]) z. B. dem Darlehn, dem Kommodat u. s. w. trägt der Gläubiger das Periculum, wenn er keinen Ersatz für die untergegangene Sache erhält, der Schuldner, wenn er ihren Wert ersetzen muss.[9])

Bei zweiseitigen Obligationen, wobei jede Partei zugleich Gläubiger und Schuldner ist, trägt derjenige die Gefahr, der seine Forderung verliert, ohne deshalb von seiner Schuld frei zu werden,[10]) oder derjenige, der zwar seine Forderung behält, aber an Stelle des untergegangenen Objektes ein anderes zu leisten hat,[11]) endlich auch derjenige, der seine Forderung verliert, ohne Ersatz dafür zu erhalten.[12])

---

[4]) Mommsen a. a. O. S. 237 ff. und Hasse S. 380.
[5]) l. 21 C. 4,35 u. Mommsen S. 238 Anm. 2.
[6]) Mommsen S. 238, 239.
[7]) Wächter a. a. O. S. 107, Mommsen a. a. O. S. 240, 241.
[8]) Vgl. dazu Eck a. a. O. Art. „Periculum“.
[9]) l. 9 § 9 D. 12, 1.
[10]) l. 34 § 6 D. 18, 1.
[11]) l. 34 § 6 cit.
[12]) l. 11. D. 18, 6.

In diesem Zusammenhange steht Periculum stets im Gegensatz zu dem, durch *dolus* oder *culpa* eines der Kontrahenten herbeigeführten, schädigenden Erfolg.[13]) Hier bedeutet es den zufällig eintretenden Unglücksfall, von dem eine Sache betroffen wird, einen *casus*, „in Betreff dessen dem Debitor kein von ihm zu vertretendes Verschulden zur Last fällt".[14])

Das schädigende Ereignis tritt entweder infolge „der natürlichen Beschaffenheit"[15]) der Sache ein, es verderben z. B. Früchte wegen Ueberreife, oder der *casus* kommt von aussen her, man denke an eine Ueberschwemmung, die alles mit sich fortreisst, was in ihren Bereich kommt, oder an Hagelschlag, der die Ernte zerstört. In solchen Fällen geht der entstandene Nachteil nicht auf einen „rechtsverletzenden Willensfehler"[16]) zurück, sondern auf ein natürliches, unbewusst wirkendes, Ereignis.

Dem engsten Wortsinne nach ist Periculum nur die Bezeichnung für das *„perire"* (sog. *periculum interitus*),[17]) im technischen Sinne umfasst es aber auch die „Verschlechterung" (sog. *Periculum deteriorationis*). Mit dem Ausdruck *„res est alicuius periculo"* wird aber nie gemeint, dass der Spekulationswert einer Sache gefährdet ist. Es handelt sich immer darum, dass ein *„in obligatione"* befindliches Objekt von einem physischen oder juristischen[18]) *casus* betroffen wird.

Das *Periculum interitus* und das *Periculum deteriorationis* werden nicht gleichmässig behandelt, sie gehen verschiedene Wege, je nach dem Rechtsverhältnis, zu

[13]) § 3 J. III, 23 u. l. 17 D. 18,6, Hoffmann, a. a. O. S. 3 Anm. 11.

[14]) Mommsen a. a. O. S. 232, Goose, Dissert S. 4.

[15]) Vgl. H.-G.-B. Art 395.

[16]) Dernburg, Pandekten I. S. 201.

[17]) Hoffmann a. a. O. S. 3.

[18]) Vgl. Hartmann a. a. O.

dem sie in Beziehung treten, und nur, wo es die Natur der Sache mit sich bringt, finden sie sich beide auf einer Seite.

Für das ganze Obligationenrecht ist die Frage nach der Verteilung des Periculum von der weitgehendsten Bedeutung; ein besonderes Interesse verdient sie aber bei den Austauschobligationen, wo sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Der Zweck dieser Obligation besteht in der Herbeiführung eines Vermögensaustausches; bis zu seinem thatsächlichen Vollzuge fesselt die Kontrahenten ein *„juris vinculum“*. Aber ehe die Parteien ihren, in dieser Weise rechtlich gebundenen Willen zur That umsetzen können, kann leicht ein Ereignis eintreten, welches ihnen die Leistung zur Unmöglichkeit macht. Deshalb muss die Rechtsordnung Fürsorge treffen, welchen der beiden Kontrahenten in solch' einem Falle der Schaden treffen soll.

„Die eine oder die andere Rechtsbeziehung muss die stärkere Anziehungskraft ausüben: Der Blitz schlägt gleichzeitig nicht in mehrere Orte ein.“ [19])

Die gerechte Verteilung des Periculum unter gleichmässiger Berücksichtigung beider in Frage kommenden Vermögensinteressen ist das Problem, welches der Gesetzgeber zu lösen hat. In welcher Weise er es bei der besonderen Art des Kaufes, die hier behandelt werden soll, gelöst hat, wird Gegenstand der folgenden Darstellung sein.

§ 2.

Die Verteilung des Periculum bei den wichtigsten Arten des Kaufes.

Kauf und Tausch stehen im Mittelpunkte jedes Verkehrs. Sie sind die ersten Rechtsgeschäfte, welche sich n einer volkswirtschaftlichen Organisation von Menschen

[19]) Hoffmann a. a. O. S. 4.

als Naturnotwendigkeiten herausstellen. Die eigene Produktion reicht nicht dazu aus, die Bedürfnisse der einzelnen Wirtschaftseinheit auf die Dauer zu befriedigen, erst durch einen Güteraustausch findet eine vollständige Güterversorgung des Einzelnen statt.[20])

Der Tausch ist im Verhältnis zu dem Kauf das ältere Rechtsgeschäft. Da er sich lediglich durch den Austausch von Sachen vollzieht, setzt er überhaupt noch keine Geldwirtschaft voraus. Mit dem Aufkommen einer solchen sondert sich der Kauf aus dem Tauschverkehr als ein besonderes Rechtsgeschäft aus.

Von diesem Zeitpunkte an tritt aber der Tausch in den Hintergrund und der Kauf allein wird der Hebel des Verkehrs. Es ist nicht wunderbar, dass gerade das *„jus gentium“*, das internationale Verkehrsrecht zwischen Römern und Peregrinen, dem Kauf diejenige Beweglichkeit und Geschmeidigkeit verschafft hat, welcher er bedurfte, um sich für die Dauer im wirtschaftlichen Verkehr brauchbar zu erweisen.

„Est autem emtio juris gentium, et ideo consensu peragitur et per nuntium et per litteras.“[21]) Das strenge *jus civile* der Römer kannte nur die schwerfälligen Formen der *„Mancipatio“* und *„In jure cessio“* und hielt noch lange an ihnen fest, selbst nachdem schon der formlose Konsensualkontrakt längst in das Römische Verkehrsleben eingedrungen war.

Wann sich im *jus civile* die Klagbarkeit des formlosen Kaufes Bahn gebrochen hat, lässt sich schwer feststellen. Bechmann[22]) nimmt an, dass das ältere Recht sogar zur Zeit der 12 Tafeln bereits „keinen Anstand an der Formlosigkeit“ genommen habe. Jedenfalls erkannten die Römer schon früh das Bedürfnis des Verkehrs, das

[20]) v. Philippovich a. a. O. S. 16.
[21]) l. 1 § 2 D. 18, 1.
[22]) Kauf Bd. 1 S. 467 ff. bes. S. 472.

wichtigste Rechtsgeschäft, auch wenn es formlos, lediglich durch Willenseinigung zu stande gekommen war, durch civile Klage zu schützen.

So lange sich der Kauf wie der Tausch durch „Umsatz von Waare gegen Geld von Hand zu Hand“[23]) vollzog, brauchte von einer besonderen Gefahrregelung keine Rede zu sein. Denn, wo die Waare aus einer Hand in die andere überging, traf die Gefahr ganz selbstverständlich denjenigen, der die Waare hatte. Hier konnte der Grundsatz: *„casum sentit dominus“* ohne Schwierigkeit zur Anwendung kommen. Sobald aber der Kauf in das zweite Stadium seiner Entwickelung eintrat und zum Kaufkontrakt wurde, bei welchem der Verkäufer das *„tradere“* und *„habere licere“* versprach, drängte sich auch die Frage nach der Verteilung des Periculum in den Vordergrund. Denn ehe der Käufer seine Waare und der Verkäufer sein Geld hatte, konnten zahllose Zwischenfälle eintreten, welche dem Austausch in den Weg traten. Für diesen Fall haben die Römer ein festes, klares Princip aufgestellt:

„Perfecta emtione periculum ad emtorem respicit.“[24])

Der Käufer trägt die Gefahr, sobald der Kauf perfekt geworden ist,

„Tametsi adhuc res emtori tradita non sit.“[25])

Perfekt aber ist der Kauf, wenn sich die Parteien über Waare und Preis geeinigt und ihrer Vertragsabrede keine Bedingung hinzugefügt haben.[26]) Tritt nach der Perfektion ein *casus* ein, welcher die gekaufte Sache vernichtet oder verschlechtert, so erhält der Verkäufer den Kaufpreis, obwohl er nur das deteriorirte Objekt, oder gar nichts zu leisten hat.

---

[23]) Dernburg Pandekten Bd. 2 S. 252.
[24]) l. 8 pr. D. 18, 6.
[25]) § 3 J. III, 23.
[26]) l. 8 pr. D. 18, 6.

Ueber den Grundgedanken dieses Satzes, der zu vielen Zweifeln Anlass gegeben hat, soll später einiges gesagt werden, hier aber möge über die Modifikation dieser Gefahrverteilung bei den verschiedenen Arten des Kaufes das wichtigste anzuführen erlaubt sein.

Der Gegensatz von „Species" und „Genus" durchzieht das ganze Obligationsrecht, beim Kauf nimmt er seinen eigentlichen Ausgang. Wir wollen zuerst die Begriffe näher prüfen.

„Genus" bezeichnet die Art oder Gattung, der eine Sache angehört, τὸγένος, das Geschlecht, die Familie, der sie entstammt. Es ist der Ausdruck für eine Vielheit. Wir finden in der Natur in gleicher Weise bei leblosen, wie bei belebten Körpern stets eine höhere Einheit, welche sich in abstrakto als die Zusammenfassung aller derjenigen Körper darstellt, die gewisse Merkmale gemeinsam haben. Schon daraus ergiebt sich, dass der Begriff „Genus" kein objektiv feststehender, sondern nur ein subjektiver sein kann. Das Genus wird nämlich grösser, wenn man die ihm angehörenden Objekte nur hinsichtlich weniger Merkmale miteinander vergleicht, es wird kleiner, je mehr man Aehnlichkeiten verlangt. Wenn man alle Menschen z. B. aus ihren nationalen oder staatsrechtlichen Beziehungen loslöst, so bilden sie eine einzige grosse Familie. Betrachtet man sie nach Raçen, so ergeben sich zahllose engere Genera. Unterscheidet man sie aber nach Nationen, von denen die einzelnen durch gemeinsame Sprache, Sitte und Gewohnheiten zusammengehalten werden, so bilden sich neue Kreise, und in ihnen sind die Volksstämme und Familien wieder noch kleinere, zusammengehörige Verbände. Deshalb bedeutet also Genus bald ein unübersehbares Ganze von Individuen, die vielleicht nur in einer Beziehung verglichen, einander ähnlich sind, bald einen engbegrenzten Kreis von Körpern, die vielleicht beinahe fungibel sind.

„Species" dagegen bedeutet das Losgelöstsein aus einem grösseren Kreise, bezeichnet eine Sache,

die wegen ihrer besonderen Eigenschaften in Frage kommt. Species ist immer nur eine konkrete, individualisirte Sache, Genus dagegen ein grösseres Ganze, in welchem die einzelnen Objekte nicht als solche in Betracht gezogen werden.

„*Genus enim non est res, sed fines tantum continet, intra quos rem reperiaris.*“[27])

Es ist indessen nicht notwendig, dass Species eine einzelne Sache, ein Individuum ist. Auch einen Kreis von Sachen kann man als Species bezeichnen, wenn er nur den Parteien als Einheit erscheint. Der ganze Gegensatz von Species und Genus im Obligationsrecht lässt sich daher abstrakt überhaupt nicht feststellen, weil beide Begriffe nur relativ sind.[28])

Der Begriff der „Quantität“ steht in keinem Gegensatz zu den zuvor entwickelten Begriffen von Genus und Species. Er ordnet sich bald dem einen, bald dem anderen unter, je nachdem es die Parteien wollen. Quantitäten sind immer Vielheiten. Sie setzen sich aus Teilen zusammen, die einzeln überhaupt keinen oder nur einen verschwindend kleinen wirtschaftlichen Wert haben. Daraus folgt, dass die Unterscheidung der Individuen dabei völlig gleichgiltig, mitunter sogar unmöglich ist.[29]) Die Römer nennen sie „*Res, quae pondere numero mensura constant*“ d. h. Sachen, die nur nach Gewicht, Zahl oder Maass in Verkehr kommen, wie z. B. Kohlen, Geldstücke, Getreide u. s. w. Man bestimmt ihre Menge dadurch, dass man eine unterste Einheit festsetzt, also je nach Bedürfnis eine Gewichts-, Zahl- oder Maasseinheit und danach berechnet, wieviel Einheiten in der Vielheit enthalten sind.[30])

[27]) Goose, Diss. S. 35.
[28]) Flatau a. a. O. S 8.
[29]) Savigny a. a. O. S. 400.
[30]) Goldschmidt, Hdbch. S. 564.

Alle Obligationen sind entweder Species oder Genusobligationen, d. h. die Parteien verabreden entweder die Leistung eines individuellen oder irgend eines Objektes einer bestimmten Gattung. Unter die Speciesobligationen rechnet man auch die alternative Obligation, bei der die eine oder andere Species Gegenstand der Leistungspflicht ist.

Aus dem Gesagten ergiebt sich bereits der Unterschied von Species und Genuskauf. Beim Specieskauf soll der Verkäufer ein Objekt liefern, das bereits völlig individualisirt ist, beim Genuskauf beschränken sich die Kontrahenten darauf, das zu liefernde Objekt vorläufig nach engeren oder weiteren Gattungsmerkmalen zu charakterisiren. Erst später soll hierbei nach gehörig vorgenommener Auswahl eine Species *„in solutione"* erscheinen.

Wo das Kaufobjekt bereits beim Vertragsabschluss individuell bestimmt ist, liegt nach römischer Auffassung immer ein Specieskauf vor. Deshalb sind der alternative Kauf, der Kauf in Pausch und Bogen, der Kauf der Gewinnchançe, der Kauf nach Maass (*emtio ad mensuram*) und der Kauf einer zukünftigen Sache: Specieskäufe. Wo aber das Objekt durch Wahl noch bestimmt werden soll, handelt es sich immer um einen Genuskauf.[31])

I. Beim reinen Specieskauf geht, *„si emtio venditio contracta sit"*,[32]) die Gefahr auf den Käufer über.

1. Beim alternativen Kauf muss das Objekt erst individualisirt sein, damit dieser Effekt eintritt. Die Individualisirung kann erfolgen entweder durch gehörig vollzogene Auswahl seitens des dazu Berechtigten, oder durch kasuellen Untergang aller Objekte bis auf die zu liefernden. Deshalb sagen die Quellen: *„prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit"*.[33])

[31]) Goldschmidt a. a. O. S. 535.
[32]) § 3 J. III, 23.
[33]) l. 34 § 6 D. 18, 1.

2. Der Kauf in Pausch und Bogen folgt in allen Stücken den Grundsätzen des Specieskaufes.

3. Der Kauf einer Gewinnchançe geht vom Vertragsabschluss an auf Gefahr des Käufers.

4. Der Kauf nach Maass (*emtio ad mensuram*) ist ein Kauf mit vorläufig noch unbestimmtem Preis, aber bestimmtem Objekt. Der Preis wird nach Ausmessung der ganzen verkauften Quantität durch Vervielfältigung der zu Grunde gelegten Preiseinheit berechnet. Die Gefahr geht auf den Käufer über, sobald und soweit der Vorrat ausgemessen ist. Deshalb bezeichnet man diese Art Kauf als einen bedingten.[34]) Perfekt werde er erst durch die Zumessung.

5. Gleichfalls als bedingt fasst man den Kauf einer zukünftigen Sache auf. Gelangt die Sache zur Entstehung, so geht die Gefahr auf den Käufer über.

6. Beim bedingten Kauf trägt der Verkäufer die Gefahr des Ueberganges, der Käufer aber die der Verschlechterung der Sache.

II. Beim Genuskauf regeln die Römer die Gefahrverteilung anders. Nach l. 5, D. 18, 6 verlangen sie, das „*admetiri*“ (bez. *admunerare* oder *adpendere*), nach l. 2. C. 4, 48 „*tradere*“ der verkauften Quantität. Darin erblickt die herrschende Lehre eine Konsequenz der l. 8, pr. D. 18, 6: „*etsi id, quod venierit appareat quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emtio*“.

Diesen Perfektionsbegriff bezieht die herrschende Lehre auf alle Arten des Kaufes und sie folgert daraus für den Genuskauf, dass die Gefahr erst nach der, durch die Individualisirung der Waare erfolgten Ausscheidung auf den Käufer übergehen könne.

---

[34]) Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten II. S. 263.

§ 3.

Der Grund weshalb beim Specieskauf der Käufer die Gefahr trägt.

Es ist nichts Selbstverständliches, dass die Römer den Käufer einer Species vom Vertragsabschluss an die Gefahr tragen lassen, und der viele Scharfsinn, der von den neueren Juristen aufgewandt worden ist, um für diese Gefahrverteilung eine juristische Rechtfertigung zu finden, zeigt sogar deutlich, wie viele Zweifel sich an seiner Billigkeit erheben lassen.[35]) Hier sollen nicht alle Konstruktionsversuche, wohl aber die wichtigsten angeführt werden,[36]) weil nur auf dieser Grundlage ein Resultat für die folgende Untersuchung der Verteilung des Periculum beim beschränkt generischen Kauf gewonnen werden kann.

Wächter[37]) stellt die Fiktion auf, dass der Zufall als Erfüllung gelte. Wer eine Sache verkauft habe, aber nicht im Stande sei, sie zu tradiren, sei so zu behandeln, als ob er schon tradirt habe, könne also trotz kasuellen Untergangs des Objekts den Kaufpreis fordern. Dies sei die Konsequenz zweier, von den Römern streng durchgeführten Sätze: *„Impossibilium nulla obligatio“*, und *„casus a nullo praestatur.“*

Impossibile sei die Tradition einer untergegangenen Sache, und des Verkäufers Obligation sei *„nulla“*, weil niemand für *casus* einzustehen brauche. Für den Käufer gelte aber nicht das Gleiche, denn der Zahlung des Preises stehe kein Hindernis, selbst nicht nach Untergang des Kaufobjektes, im Wege.

Gegen Wächter haben sich zahlreiche Widersprüche erhoben. Hartmann[38]) hat demgegenüber mit

[35]) Vgl. z. B. Reatz a. a. O. 363 und Hoffmann S. 38 ff

[36]) s. Puntschart a. a. O. S. 6—30.

[37]) Wächter a. a. O. S. 97 ff. bes. S. 201.

[38]) a. a. O. S. 4 ff.

Recht die Frage aufgeworfen, „ob nicht bei Rechtsgeschäften anstatt des Unmöglichen, welches seitens der Partei bezeichnet wurde, ein mögliches Surrogat zu leisten ist", und Fr. Mommsen[39]) hat betont, dass durch jene Anschauung die Abhängigkeit der gegenseitigen Obligationen zerstört werde. Die gegenseitige Obligation ist nach seiner Ansicht „nur eine Obligation, die Leistungen stehen in der genauesten Wechselbeziehung zu einander" und deshalb kann „von keinem der Kontrahenten die Erfüllung des Kontrakts verlangt werden, ehe er selbst erfüllt hat".[40])

Auch Koch[41]) und Fuchs[42]) vertreten die Fiktionstheorie. Koch hebt noch hervor, dass „der Aufschub der Erfüllung etwas dem Geschäfte Fremdartiges und Zufälliges" ist. Fuchs sagt, dass der Kaufmann gern erfüllt hätte, wenn ihm die Leistung möglich gewesen wäre.[43])

Mit der Ansicht von Koch berührt sich die von Ihering[44]) aufgestellte am meisten. Ihering nimmt an, dass in den weitaus meisten Fällen die Mora des Käufers die sofortige Tradition seitens des Verkäufers verhindere,

Deshalb müsse der Käufer die Folgen seiner Mora in Gestalt des Periculum tragen. Für den generischen Kauf[45]) dagegen spreche die entgegengesetzte Vermutung. Hierbei sei der Verkäufer schuld, dass nicht sogleich ausgeschieden werde. Das Periculum bleibe also bis zu diesem Zeitpunkte bei ihm. Auf diese Behauptungen hat Regelsberger[46]) die begründete Antwort gegeben, dass

[39]) a. a. O. S. 347.
[40]) a. a. O. S. 348.
[41]) a. a. O. S. 204
[42]) a. a O. S. 112.
[43]) a. a. O. S. 410.
[44]) Jahrb. Bd. 3 S. 449 ff.
[45]) Jahrb. Bd. 3 S. 464.
[46]) Kr. V. J. Schr. Bd. 13 S. 93 ff.

die Erfahrung für ein solches Verschulden bald auf seiten des Käufers, bald des Verkäufers nicht spreche, dass diese Fälle sicherlich nur in der Minderzahl seien.

Modifizirt findet sich Ihering's Theorie bei Puntschart[47]) wieder. Nur verlangt er im konkreten Falle den Nachweis, Käufer habe die Tradition der Sache wirklich verhindert.[48])

Von einem ganz anderen Gesichtspunkte geht Windscheid[49]) aus: „Der Grund dieses Satzes ist die Entäusserungsnatur des Kaufes, welche zu der Auffassung geführt hat, dass die Kaufsache, was das Verhältnis zwischen den Parteien angeht, auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen wird."

Diese Theorie, die Windscheid zuerst in der Heidelb. kr. Zeitschr. Bd. 2[50]) besonders entwickelt hat, war vor ihm schon von Kuntze[51]) und ist nach ihm noch von Vielen vertreten worden.[52]) Durch die Anschauung des Verkehrslebens wird sie m. E. auch gestützt, und das könnte für einen Gesetzgeber vielleicht der Grund sein, sie zu adoptiren, aber vom Standpunkt römischer Juristen aus betrachtet, scheint sie nicht richtig zu sein. Für diese giebt es entweder dingliche oder obligatorische Rechte; die einen gehen auf ein Haben, im Sinne von Innehaben, die anderen auf ein Erlangen; einen Mittelbegriff kennen die Römer nicht. Der Begriff des Vermögens aber, wie ihn Windscheid für seine Theorie

[47]) a. a. O. S. 215 ff.

[48]) Vgl. aber Eck, Z. f. H. R. Bd. 33 S. 144.

[49]) Pandekten Bd. II. § 390 S. 421, § 321 Anm. 19a. S. 211, Puntschart a. a. O. S. 11 zählt auch diese Theorie zu den Fiktionstheorien.

[50]) S. 136, 137.

[51]) Diss. S. 29.

[52]) z. B. auch von Lenel a. a. O. S. 210 ff., S. 216.

verwendet, ist ein unjuristischer. Kuntze[53]) z. B. unterscheidet ein formales juristisches und ein materielles unjuristisches Eigentum.[54]) Wäre der fragliche Satz ein Produkt des Gewohnheitsrechtes, so liesse er sich durch eine derartige Argumentation rechtfertigen, aber wir müssen doch bedenken, sagt Puntschart,[55]) dass er ein Produkt römischen Juristengeistes ist. Gegen Windscheid spricht auch noch die Thatsache, dass der Käufer mit der *actio furti* haftbar wird, wenn er die gekaufte Sache „*antequam pecuniam solveret, subtraxerit*".[56]) Ausserdem haben die Römer noch den Rechtssatz, dass selbst nach erfolgter Tradition das Eigentum erst dann auf den Käufer übergeht, wenn der Verkäufer den Kaufpreis bereits erhalten oder gestundet hat. Also nicht einmal die Tradition übte volle dingliche Wirkung aus, wie konnte man sie da einem blos obligatorischen Rechtsgeschäft, wie der Kaufabrede, zuschreiben!

Eck[57]) meint, die Römer hätten die Gefahr beim Specieskauf deshalb in der angegebenen Weise verteilt, weil dem Verkäufer die Disposition über die verkaufte Sache entzogen gewesen wäre.[58]) Aber die Römer haben sie doch bei dem suspensiv bedingten Kauf dem Verkäufer gleichfalls verboten und ihn trotzdem die Gefahr des Unterganges tragen lassen.

Hoffmann[59]) will den Satz historisch erklären: er sei griechischen Ursprunges und in die 12 Tafeln deshalb hineingekommen, weil diese die Tendenz gehabt haben, den Geldschuldner möglichst schlecht zu stellen. Der

---

[53]) a. a. O. S. 29.

[54]) Goose, Jahrb. Bd. 9 S. 205.

[55]) a. a. O. S. 13.

[56]) l. 14 § 1 D. 47, 2 u. Regelsberger, Kr. V. J. Schr. Bd. 13 S. 101 ff.

[57]) in Holtz. Lex. Art. „Kauf".

[58]) Vgl. auch Bechmann Kauf II S. 102 (§ 134).

[59]) Hoffmann S. 21 ff.

Satz sei eine Anomalie und im Deutschen Recht suche man ihn vergebens.

Ebenfalls für singulär erklärt ihn Gentinetta,[60]) weil er dem Grundsatze widerspreche, dass bei den Austauschobligationen der Kläger (hier der Verkäufer) erst seinerseits Erfüllung zu beweisen habe. Die *Exceptio non adimpleti contractus* sei in Wahrheit keine Exceptio, sondern eine negative *Litis contestatio*, folglich schiebe ihre Erhebung den Beweis der Erfüllung auf den Verkäufer zurück.[61])

Eine „historische" Erklärung wird aber wohl von einem ganz anderen Gesichtspunkte ausgehen müssen: Ursprünglich standen sich beim Kaufe zwei getrennte Stipulationen gegenüber, die des Verkäufers auf das Pretium und die des Käufers auf das Habere licere und das Tradere. Jede dieser Stipulationen ging ihren eigenen Weg, ohne in ihrem Bestande durch die andere gefährdet zu werden.

Unmöglichkeit der einen liess die andere weiter fortbestehen.[62]) „An Stelle der Stipulation trat" aber, wie Ihering ausführt,[63]) „nicht ein solch' zweiseitiges Geschäft, wie wir Neueren es unter dem Kauf- und Mietkontrakt uns vorzustellen pflegen, sondern die *emtio* und[64]) *venditio*, die *locatio* und *conductio*, m. a. W. jene beiden Geschäfte behielten ihre alte Struktur bei, sie blieben, was sie waren: zwei einseitige, übereinandergeschobene Geschäfte." Derselben Ansicht folgt auch Dernburg[65]) „solche Sonderung, welche der Analogie zweier von beiden Seiten abgeschlossenen Stipulationen entsprach, war energisch verfolgtes Ziel der älteren Prozesspolitik."

[60]) Diss. S. 32 ff.

[61]) S. dagegen Dernburg Kompens. S. 63 ff. u. S. 67.

[62]) Reatz a. a. O. S. 351 ff.

[63]) Geist des röm. Rechts S. 202 u. Gareis a. a. O. S. 636 Anm.

[64]) Brandis Z. f. Civil. R. u. Proz. Bd. 7 S. 139 Anm. 1.

[65]) Kompens. S. 65, 66, Brandis Kr. V. J. Schr. Bd. 28 S. 560

Die Konsequenz dieser Auffassung war aber natürlich die, dass der Käufer immer den Kaufpreis bezahlen musste, dass er aber seine Stipulationsklage verlor, wenn dem Verkäufer die Erfüllung unmöglich geworden war.

Diese Theorie von den doppelten Stipulationen passt, wie leicht einzusehen ist, nur auf den Specieskauf, denn auf den Genuskauf angewendet, würde sie andere Resultate, als wir sie in den Quellen finden, ergeben. Nehmen wir den Fall der l. 5 D. 18,6. Aus einem Kellervorrat sind 100 Amphoren Wein verkauft werden. Geht vor der Zumessung der ganze Weinbestand unter, so wird zwar der Verkäufer von seiner Verpflichtung frei, aber er erhält vom Käufer kein Pretium. Denn es heisst in dieser Stelle: *„omne periculum venditoris est"*. Würde man hier die Stipulationstheorie anwenden wollen, so müsste man sagen, dem Verkäufer ist es unmöglich geworden, die 100 Amphoren zu liefern, deshalb wird er liberirt, der Käufer befindet sich aber hinsichtlich des Geldes nicht in derselben Lage, folglich muss er zahlen. Wie lässt sich nun aber diese Anomalie erklären?

1. Beim rein generischen Kauf war es nicht so leicht möglich, dass die ganze Gattung unterging, und somit der Verkäufer ausser Stande gesetzt wurde, seine Leistung vorzunehmen. Der Verkäufer, der Fungibilien versprochen hatte, konnte sich naturgemäss, wenn er mit der *condictio triticaria* belangt wurde, nicht darauf berufen, dass etwa gerade der Vorrat, aus dem er sein Objekt hatte wählen wollen, untergegangen war.[66]) Das drückte man durch den Satz aus: *„genus perire non ceusetur"*.

Das Impossibile konnte er ja nicht beweisen, wohl aber der Verkäufer einer Species, die untergegangen war.

2. Beim beschränkt generischen Kauf dagegen, bei welchem ein Teil einer konkret bezeichneten Quantität Gegenstand der Leistung sein sollte, konnte sehr leicht der Fall der Unmöglichkeit, die Leistung vorzu-

---

[66]) Vgl. dazu Ihering Jahrb. Bd 4 S. 433 Anm. 65.

nehmen, eintreten. Aus diesem Grunde ist es wahrscheinlich, dass hier die Parteien durch Nebenabreden, die sie ihren Stipulationen beifügten, die Gefahrfrage besonders geregelt haben und zwar in einer Weise, die ihren Anschauungen von der Natur des Kaufes entsprach.

Der Kauf war ursprünglich ein Geschäft Zug um Zug. Das Tradirn der Sache bildete seinen Kernpunkt. Nach der Tradition musste aber natürlich den Käufer die Gefahr treffen. Die Anschauung, dass das Tradiren die Voraussetzung der Gefahrüberwälzung auf den Käufer war, erhielt sich beim beschränkt generischen Kauf, wie aus der l. 2, Cod. 4. 48 hervorgeht. Beim Specieskauf sahen die Parteien das Kaufobjekt vor sich, oder hatten es wenigstens individuell bestimmt, so dass kein Zweifel darüber vorlag, was der Verkäufer zu leisten hatte. Dieser Kauf schien sofort perfekt zu sein, man hatte sich über Waare und Preis geeinigt. Das „*contrahere*" an sich hatte schon die Perfektion bewirkt. Beim Genuskauf wussten ja aber die Kontrahenten noch nicht, welches Objekt schliesslich insolutione sein würde. Der Kauf schien ihnen also solange imperfekt, bis er durch Hingabe der Waare gegen Zahlung des Kaufpreises in die konkrete Erscheinung getreten war. Unter diesen Anschauungen werden wohl die Parteien im Einzelfalle verabredet haben, dass vor der Tradition die Gefahr beim Verkäufer bleiben sollte.[67])

Nur so kann man m. E. bei der Annahme Ihering's, dass *emtio* und *venditio* zwei einseitige übereinandergeschobene Geschäfte waren, in die Quellenstellen über die Gefahrverteilung beim beschränkt generischen und Spezies-Kauf eine Einstimmigkeit bringen.

[67]) Gareis a. a O. S. 636 Anm.

II. Besonderer Teil:

Der beschränkt generische Kauf.

A.

Begriff.

§ 4.

Der beschränkt generische Kauf in den Digesten.

Die Thatsache, dass sich an keiner Stelle der Digesten ein rein generischer Kauf erwähnt findet, ist sehr auffallend. Dass er den römischen Juristen nicht unbekannt war, ergiebt § 16 der *Fragmenta Vaticana.*[1]) Wäre er aber in der richterlichen Praxis sehr häufig vorgekommen, so hätte ihn Justinian in sein Gesetzbuch auch aufgenommen.

Vielleicht hängt diese Erscheinung damit zusammen, dass die Römer dem Kauf ohne konkret bestimmtes Objekt abgeneigt waren: *„nec emtio, nec venditio sine re, quae veneat potest intellegi“.*[2]) weil dem Kauf, selbst nachdem

[1]) Goldschmidt, Z. Bd. 19 S. 105, Brinz Pand. Bd. 2 § 325 S. 696.

[2]) l. 8 D. 18. 1.

er zum Konsensualkontrakt geworden war, noch immer seine Natur als Realkontrakt anhaftete.[3])

Oefters muss der beschränkt generische Kauf vorgekommen sein, da wir ihn in den Digesten und im Kodex dreimal erwähnt finden:

l. 35 § 7 D. 18, 1
l. 5 D. 18, 6
l. 2 pr. C. 4, 48.

Bei dieser Art des Kaufes ist aus einem individuell bestimmten Vorrat heraus eine nach Maass, Zahl oder Gewicht bestimmte Quantität verkauft. Der Kauf ist vorläufig noch imperfekt. Erst später führt eine weitere Handlung, sei es das *admetiri* in l. 5 D. cit. (l. 35 § 7 cit.), sei es das *tradere* in l. 2 C. cit. die Perfektion herbei.

Der besondere Fall, dass der Vorrat nach dem Kaufabschluss partiell zu Grunde geht, ist in den Quellen nicht behandelt. Allein durch die Entscheidung, dass der Verkäufer schlechthin *omne periculum* trägt, wird hinreichend deutlich gesagt, dass eine „Verteilung" hinsichtlich des Periculum etwa im Verhältnis ihres Interesses an dem fraglichen Vorrat zwischen Verkäufer und Käufer nicht stattfindet.

In den angeführten Quellenstellen handelt es sich nicht um den Kauf einer Pars quota; denn das ist gar kein Kauf nach Maass, Zahl oder Gewicht, sondern ein Kauf eines Teilrechtes am Ganzen. Hierbei ist ein Teil des Vorrates zu dem ganzen Vorrat in ein Verhältnis gebracht. Die Parteien wollen nicht, dass dieser Teil real ausgeschieden wird, (denn dann läge ein Genuskauf vor, der nur in der Form des Quotenkaufes erschiene), sondern dass ein Recht erworben und Mitbesitz eingeräumt wird. Das kann sofort unter den Voraussetzungen des *constitutum possessorium* geschehen. Dann trägt der Käufer von da an die Gefahr. Oder dem Käufer kann der Besitz durch die anderen Mittel der Besitzübertragung eingeräumt werden. Der

[3]) Bechmann, Bd. 1 S. 417 u. 690 ff.

Quotenkauf ist Specieskauf und unterliegt als solcher ganz anderen Grundsätzen als der hier in Frage kommende beschränkt generische Kauf.[4])

Die l. 2 C. cit. und l. 35 § 5 D. cit. erwähnen neben dem *„vinum“* auch noch *„oleum, vel frumentum, vel his similia“*, alles Quantitäten, die nach l. 35 § 5 cit. *„pondere, numero, mensura, constant“*. Ohne Zweifel behandeln also die angeführten Stellen nicht den Weinkauf im besonderen, sondern sprechen allgemeine Grundsätze aus.

Man könnte zweifeln ob in l. 35 § 7 cit. und in l. 5 D. cit. von einem „eigentlichen“ Quantitätenkauf die Rede ist.

„Eigentliche“ Quantitäten lassen, wie wir oben gesehen haben, gar keinen Unterschied hinsichtlich der einzelnen Individuen zu. Sobald aber der Wein in eine Amphora gefüllt ist, kann diese doch auch als Individuum in Betracht kommen. Dagegen wird der Tropfen Wein, der sich noch im Fasse befindet, als solcher niemals Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Abrede sein können. Es läge also nur dann ein eigentlicher Quantitätenkauf vor, wenn aus einem Fasse heraus ein Teil des Weines verkauft sein würde. *„Amphora“* und *„metreta“* sind aber nicht nur Gefässe, sondern auch Maasse. Der Verkauf von 100 Amphoren (oder Metreten) braucht nicht ein Kauf von 100 unter mehreren bereits abgefüllten Amphoren zu sein sondern kann auch ein Kauf von einem entsprechenden Quantum Wein sein, der noch in grossen Fässern (*dolia*) lagert. Dass dies in beiden Stellen gemeint ist, geht schon daraus hervor, dass der Wein noch zugemessen werden soll. (*admetiri.*) Lagert er beim Verkauf schon in Amphoren, so würde nur von Zuzählen gesprochen werden können, auch wenn zugleich eine

[4]) s. darüber Ihering Jahrb. Bd. 4 S. 408 ff., Bekker in s. Jahrb. Bd. 5 S. 367, Loewy Diss. S. 73—74, Förster a. a. O. § 128 S. 115 ff.

Nachmessung oder ein Umgiessen stattfände. Die Quellen behandeln somit den eigentlichen Quantitätenkauf.

Mit gutem Grunde bemerkt Brinz,[5]) dass bei derartigen Fungibilitäten eine Auswahl im eigentlichen Sinne nicht stattfinden könne, sondern höchstens ein Ausscheiden im Gegensatz zum Unterscheiden.[6])

Die merkwürdige Art der Verteilung des Periculum beim beschränkt generischen Kauf und sein ins Auge fallender, äusserlicher Unterschied zum reinen Genuskauf haben in der Litteratur verschiedene Auffassungen seiner rechtlichen Natur hervorgerufen. Wir wollen diese im Einzelnen betrachten.

B.

Rechtliche Natur.

§ 5.

Der beschränkt generische Kauf ist keine Alternativ-Obligation.

Am nächsten scheint es mir zu liegen, den beschränkt generischen Kauf der alternativen Obligation gegenüberzustellen. Bei beiden ist es bei Abschluss des Vertrages noch ungewiss, welches oder welche Objekte thatsächlich zum Schluss geliefert werden und bei beiden geht der Lieferung der Species eine Auswahl von irgend einer Seite vorher. Auch die römischen Quellen haben diese Aehnlichkeit ausdrücklich anerkannt in L. 32 § 3 D. 12,6:

[5]) Brinz, Pandekten II, S. 110.

[6]) Brinz a. a. O. spricht freilich nur schlechthin von Fungibilitäten. Seine Bemerkung ist aber m. E. nur für die eigentlichen Quantitäten zutreffend. Vgl. auch Kohler a. a. O. S. 392 Anm. 2.

„qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet“.

Gleichwohl finden wir daraus keine weitere Konsequenz gezogen, als die in l. 32 §. 2 cit. selbst erwähnte, dass nämlich Irrtum darüber, ob ein bestimmtes Objekt in *obligatione* gewesen sei, eine *condictio* begründe, wenn daraufhin eine *solutio* bereits erfolgt sei. Wo aber die Frage der Gleichbehandlung von beschränkt genereller und alternativer Obligation am wichtigsten sein würde, bei der Gefahrverteilung, findet sich gerade die entgegengesetzte Normierung bei beiden Rechtsverhältnissen.

Gesetzt, es seien aus einem Weinkeller, in dem 1000 Flaschen Rüdesheimer lagern, 100 Flaschen von dem A. an den B. verkauft worden. Als sich aber die Parteien eine Stunde nach Abschluss des Geschäfts nach dem Weinkeller begeben, um sogleich die Ausscheidung der gekauften Quantität vorzunehmen, erfahren sie zu ihrem Schrecken, dass ein Kellerbrand inzwischen gewütet und den ganzen Weinbestand zerstört habe. Da infolgedessen der A. die 100 Flaschen nicht liefern kann, erhält er den Kaufpreis nicht. Er hat das Periculum getragen. Wenn dagegen der A. dem B. von seinen 4 Pferden, die dem B. vielleicht einzeln bekannt sind, alternativ 2 Stück verkauft hat, vor der Tradition brennt aber der ganze Pferdestall des A. sammt den darin befindlichen Tieren ab, so muss der B. den bedungenen Kaufpreis zahlen, denn die beiden letzten Pferde standen auf seine Gefahr: *„prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit.“* [7])

Es scheint mir nicht zweifelhaft zu sein, dass die Verschiedenheit der beiden Entscheidungen bei einem, für den Laien gleichen Thatbestand, dem Rechtsgefühl aufs entschiedenste widerspricht. Im ersten Fall, dem des generischen Kaufes, soll den Käufer gar kein Peri-

[7]) l. 34 § 6 D. 18, 1.

culum treffen, im zweiten Fall, dem des alternativen Geschäftes, soll er es mit dem Verkäufer teilen! Auch Thöl[8]) hat sich dagegen ausgesprochen und gesagt, man müsste nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und im Hinblick auf l. 34 § 6 cit. den Käufer auch im ersten Falle zur Bezahlung des Kaufpreises für verpflichtet halten, weil ihm der Umstand, dass noch nicht für ihn ausgeschieden war, nichts nützen könne. Dem ist Mommsen[9]) gefolgt und Bekker[10]) hat gleichfalls hervorgehoben, dass alle theoretischen Erklärungsversuche für die verschiedene Behandlung nichts weiter wie Notbehelfe seien, „eben weil die bestimmenden Gründe in der That keine inneren gewesen sind".

Dagegen steht die Ansicht Thibaut's,[11]) „wenn sich jemand etwas in *genere* bedung, schadet es dem Acceptanten nicht, wenn vor der Tradition aus dem *genere* einzelne Sachen Schaden leiden, wohl aber, wenn das ganze Genus verletzt wird, oder vernichtet wird", nicht nur mit den römischen Quellen im auffallenden Widerspruch, sondern auch in der Litteratur ganz vereinzelt da.

Da die römischen Juristen, von denen jene Ent-Entscheidungen herrühren, keine „inneren" Gründe dafür angeben, so müssen wir sie aus der juristischen Natur der beiden Rechtsverhältnisse abzuleiten versuchen.

Die alternative Obligation ist nur eine Erscheinungsform der Speciesobligation. Während aber hierbei nur ein Objekt in *obligatione* ist, sind bei jener mehrere Objekte zugleich von dem obligatorischen Band umschlungen, aber als *solutio* braucht der Schuldner nur eines hinzugeben. Das Recht des Wahlberechtigten

[8]) a. a. O. S. 856 ff., S. 857 Anm. 8.

[9]) a. a. O. S. 340.

[10]) a. a. O. S. 396.

[11]) Pandekten I. S. 135 II. S. 32—33, dazu Glück a. a. O. S. 185.

prinzipiell jedes der Objekte fordern zu können, wird durch die vollzogene Auswahl konsumirt. Konkret begründet ist jedes einzelne Forderungsrecht hinsichtlich jedes einzelnen Objektes, aber geltend gemacht werden kann nur ein einziges.[12]) Der Schuldner verpflichtet sich zwar in *abstracto* das Objekt a oder das Objekt b hinzugeben, aber in *concreto* nur eins von beiden zu leisten.[13]) Obwohl er sich nun aber *abstract* verpflichtet, so bezieht sich dies doch immer auf bestimmte, individuelle Gegenstände, die den Parteien bekannt sind. Wer von vier Pferden, die er alle schon kennt, zwei Stück alternativ kauft, will die besonderen Eigenschaften eines jeden noch einmal einer genauen Prüfung unterwerfen und erst dann definitiv seine Auswahl treffen. Er kauft unter dem Vorbehalt, seinem induviduellen Geschmack noch Rechnung tragen zu dürfen. Bei Abschluss des Vertrages umfasst seine Vorstellung alle in *obligatione* befindlichen Objekte; sie schweben ihm vor, wie z. B. die Gegenstände seiner täglichen Umgebung, aber seinem Willen, welches er wählen soll, fehlt es vorläufig noch an der Konzentration auf ein Objekt. Das ist ein ganz anderer Gedankenvorgang als bei der Auswahl des Kaufobjektes aus einem Genus, es mag noch so klein und übersehbar sein. Die einzelnen 1000 Flaschen Wein, von denen der B. 100 Stück gekauft hat, sind nicht einzeln Objekte seiner Anschauung. Seine Vorstellung beschränkt sich auf die Gattungsmerkmale, und je nachdem er ein Weinkenner ist oder nicht, werden sie ihm deutlich oder weniger deutlich vorschweben. Die 100 Stück, die er schliesslich geliefert haben will, will er nur als Glieder der Gattung nicht als Species. Beliebige 100 Stück sind ihm genehm, nicht individuelle.

So hat also der Wille bei der alternativen Auswahl einen ganz anderen Inhalt wie bei der generischen: Dort

[12]) Pescatore a. a. O. S. 119 ff.

[13]) ib. S. 126.

findet ein Unterscheiden, ein Prüfen statt, hier ein Ausscheiden und nur nach diesem Akt hat sich beidemal der Wille in einer Species objektivirt.[14])

Aus dieser verschiedenen Willensrichtung folgern die römischen Juristen dreierlei:

1. Bei der alternativen Obigation verteilt sich das Periculum auf Verkäufer und Käufer, bei der beschränkt generischen Obligation trägt der Verkäufer vor dem *admetiri* bezw. *tradere „omne periculum“*.

2. Beim alternativen Kauf darf im Gegensatz zum generellen Kauf das Kaufobjekt niemals vom Vertragsabschluss an im Eigentum des Käufers gestanden haben. (s. d. Folg.)

3. Beim alternativen Kauf bindet sich der Verkäufer hinsichtlich seiner Dispositionsfreiheit über die Kaufobjekte, bei der beschränkt generellen Obligation bleibt er frei. (s. d. Folg.)

Ueber den ersten Punkt ist bereits gehandelt worden.

Den zweiten bespricht die berühmte l. 72 § 4 *de solut* 46, 3.[15])

„Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus: nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando: neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse nec obligatio nec solutio. Sed ei, qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his, qui tunc stipulatoris servi erant, dando promissor liberatur: vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui ejus non erant.“

Der Thatbestand dieser Stelle ist folgender:

Stichus und Pamphilus sind einem Stipulator alternativ versprochen worden. Zur Zeit des Stipulationsaktes hat aber der Pamphilus im Eigentum des Promissors

[14]) Vgl. auch Kohler a. a. O. S. 392 Anm. 2.

[15]) Diese Stelle ist dem lib. 20 Dig. des Marcellus entnommen.

gestanden. Daraus folgert die Entscheidung: eine Ungiltigkeit der Stipulation hinsichtlich des Pamphilus und weiter: die Unmöglichkeit, dass jemals der Pamphilus, selbst wenn er später aus dem Eigentum des Promissors heraustritt, als Objekt der *solutio* erscheinen kann.[16]) — Bei dem generellen Stipulationsversprechen dagegen ist die Frage, wer Eigentümer des stipulirten Objektes ist, unerheblich. Es schadet sogar dem Bestand der Obligation nicht, wenn der Stipulator selbst der Eigentümer ist. Nur damit er das Objekt als Solution empfangen kann, ist es erforderlich, dass es zuvor aus seinem Eigentum herausgetreten ist.[17])

Da bei der alternativen Obligation individuelle Objekte in *obligatione* sind, ist es nicht gleichgiltig, wer der Eigentümer derselben ist. Der Stipulator selbst darf es keinesfalls sein.

Dass bei der generischen Obligation nicht dieselben Grundsätze gelten konnten, ist klar. Hier werden ja nicht bestimmte Stücke als Lieferungsobjekte bezeichnet, sondern beliebige Stücke, die nur der Gattung nach vorläufig bestimmt sind. Es wäre aber ganz unerträglich, wollte man dem Schuldner, der erst hinterher diese Objekte von seinem Gläubiger erworben hat, die liberatorische Wirkung ihrer Hingabe versagen. Am anschaulichsten wird dies bei einer Geldschuld.[18]) Wer Geld zu zahlen versprochen hat, ist generischer Schuldner. Wo sich im Augenblicke des Vertragsabschlusses dasjenige Geld, welches er später einmal leistet, befindet, ist natürlich gleichgiltig, weder er, noch der Gläubiger haben ein Interesse daran. Vielleicht wird es der Schuldner erst durch Zwischengeschäfte von seinem Gläubiger als Zahlung erhalten, vielleicht findet überhaupt gar keine reale Solution statt, sondern Kompensationen

[16]) s. auch l. 28 D. v. o. (Paulus) und l. 15 D. 45, 2 (Caius).
[17]) s. ferner l. 67 D. 46. 3 (Marcellus).
[18]) s. z. B. l. 67 D. 46. 3.

hinüber und herüber regeln den Vermögensaustausch. So erklärt es sich, dass die l. 72 § 4 cit sagt: „*sed ei qui hominem dari stipulatus est unum etiam ex his qui tunc stipulatoris servi erant, dando promissor liberatur.*“

Indessen scheinen die römischen Juristen nicht immer dieser Ansicht gewesen zu sein,[19]) denn es heisst ja in l. 67 cit. „*in nummis minor, vel prope nulla dubitatio est.*“

Ausserdem findet sich merkwürdigerweise eine von Marcellus abweichende Entscheidung Papinians in l. 66, § 3 D. de leg II. Bei der Unzweideutigkeit, mit welcher Papinian für die gleiche Behandlung von alternativer und genereller Obligation in Betreff der Eigentumsfrage eintritt, lässt sich eine Vereinigung zwischen ihm und Marcellus nicht herbeiführen. Da sich aber Papinians Ansicht ganz vereinzelt gegenüber mehreren Entscheidungen, die den entgegengesetzten Standpunkt vertreten, findet, so wird man wohl für das gemeine Recht an der Lehre des Marcellus festhalten müssen.[20])

Die dritte Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung beider Obligationsverhältnisse bestand, wie oben erwähnt wurde, in der Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Verkäufers bei der alternativen Obligation. Hat jemand alternativ 2 Objekte nach einander zweimal verkauft und eins derselben dem zweiten Käufer sofort tradirt, so hat er dem ersten Käufer das Interesse zu vergüten, wenn später das zweite Objekt kasuell zu Grunde geht.[21]) Wer dagegen z. B. von einem Schock Eier eine Mandel verkauft und darauf einem zweiten Käufer aus demselben Vorrat verkauft und tradirt, wird dem ersten Käufer nicht haftbar, wenn später der ganze übrige Vorrat vernichtet wird.

[19]) Vgl. Pecatore a. a. O. S. 130 ff.

[20]) s. dazu Mommsen I. S. 341 Anm.

[21]) l. 95 § 1 D. 46, 3 u. dazu Mommsen S. 315, Dernburg Pandekten II. § 27 Anm. 12.

Unter den neueren Juristen vertritt Savigny die Gleichheit von alternativer und beschränkt generischer Obligation. Er tritt indessen mit keiner allzugrossen Entschiedenheit dafür ein. Diese Ansicht findet sich nur ganz gelegentlich und nur andeutungsweise ausgesprochen. Auf Seite 399 a. a. O. sagt er nur, „dass manche Aehnlichkeiten" mit der alternativen Obligation beständen. So weit geht ja aber schliesslich auch die l. 32 § 2 cit. 12, 6.

Eine Entscheidung des R. O. H. G. Bd. 24 S. 31 verwirft die Gleichstellung.

§ 6.

Der beschränkt generische Kauf ist auch keine bedingte Obligation.

Ueberall da, wo das objektiv rechtliche Rechtsverhältnis „einer successiven Entwickelung seiner Bestandtele und Wirksamkeit"[23]) fähig ist, also da, wo zwar bereits ein giltiger Vertrag, aber noch nicht ein vollwirksames Rechtsverhältnis zu stande gekommen ist, kann man den Begriff der „Bedingung" für sein Vollwirksamwerden verwenden. Während dieser Begriff in der That in einigen solcher Fälle rechtliche Bedeutung hat, führt er bei anderen nur zu einer philosophischen Spielerei und ist infolgedessen für die juristische Konstruktion nicht mit Vorteil zu gebrauchen.

Jedes Rechtsgeschäft hat sog. Essentialien, d. h. wesentliche Thatbestandsmomente, ohne die es nicht denkbar ist. Nur unter bestimmten, von der Rechtsordnung festgesetzten Voraussetzungen sind die bestimmten Rechtsgeschäfte logisch und rechtlich vorhanden. Es ist nun natürlich unerheblich, ob man das Rechtsgeschäft als „bedingt" durch seine Essentialien bezeichnet.

[22]) a. a. O. S. 400 (§ 39 u. § 38 q u. t) S. 393, 394.

[23]) Vgl. Puntschart a. a. O. S. 57.

Das Wort „Bedingung" ist hier nur ein anderer Ausdruck für „Voraussetzung". Man spricht hier sehr richtig von Rechtsbedingungen und stellt diese ausdrücklich in Gegensatz zu den wahren, echten Bedingungen.[24])

„Bedingung" in diesem eigentlichen Sinne ist: die Abhängigmachung des Eintrittes der Wirkung einer Willensäusserung von einem in der Zukunft liegenden, ungewissen Ereignis. Sie ist also nie aus der Natur des Geschäftes abgeleitet, sondern immer der „Ausfluss der Privatautonomie der Beteiligten".[25]) Sie wird der Geschäftsabrede als ein *novum* hinzugefügt, während die Rechtsbedingung kraft Rechtssatzes das innere Wesen des Rechtsgeschäftes ausmacht, also stets erfüllt sein muss, damit ein vollwirksames Rechtsverhältnis entstehen kann. Die Essentialien des Kaufes sind Waare und Preis. Die Waare muss individuell, also nicht nur der Gattung nach, und der Preis muss hinsichtlich seiner Höhe bestimmt, ein „*certum pretium*" im Sinne der l. 8 pr. D. 18, 6 sein.

Da aber ein Geschäft erst nach Vorhandensein seiner Essentialien perfekt sein kann, so folgt, dass bei den verschiedenen Arten des Kaufes die Perfektion an obige Voraussetzungen gebunden ist. Andererseits aber folgt, dass kein bedingter Kauf vorliegt, wenn beim Vertragsabschluss vorläufig noch ein Thatbestandsmoment fehlt, das später irgendwie ergänzt werden soll, sondern eben nur ein imperfekter Kauf.[25])

Aus dieser Betrachtung scheint sich *a priori* der Schluss zu ergeben, dass der beschränkt generische Kauf kein bedingtes Geschäft ist. Da indessen diese Ansicht ihre Vertreter in der Litteratur gefunden hat,[27]) so soll sie noch eingehender zu widerlegen versucht werden.

[24]) Vgl. z. B. Dernburg, Pand. I. § 105 S. 250.

[25]) Dernburg a. a. O.

[26]) Vgl. l. 43 § 10 D. 21, 1.

[27]) Mommsen a. a. O. S. 340 ff., Fick a. a. O. Bd. 8 S. 21 ff., dB. 9 S. 371 ff., Molitor a. a. O. S. 364, 365.

Mommsen geht von dem Gesichtspunkte aus, dass beim beschränkt generischen Kauf ebenso leicht wie beim alternativen Kauf eine Unmöglichkeit der Leistung eintreten könne. Die römischen Quellen haben aber die Verteilung des Periculum bei beiden verschieden geregelt. Dies könne nur dadurch erklärt werden, dass man die beschränkt generische Obligation als eine „bedingte" auffasse. Die Bedingung liege in der gehörigen Ausscheidung des Kaufobjektes aus dem grösseren Vorrat. So lange aber der Kauf bedingt sei, müsse den Verkäufer das Periculum treffen. Folglich trage er es bis zur Ausscheidung.

Mit Hilfe dieser Konstruktion beantwortet Mommsen sodann die Gefahrverteilungsfrage bei der Deterioration, Beim bedingten Kauf trage der Käufer das *periculum deteriorationis*, folglich auch in unserem Falle, vorausgesetzt aber, dass der ganze Vorrat deteriorirt sei. Er beruft sich zum Beweis auf l. 2 C. 4, 48.

Auch bei der Erklärung der oben besprochenen l. 72 § 4 46, 3 argumentirt er ebenso: nur deshalb sei beim alternativen und beschränkt generischen Kauf die Eigentumsfrage anders zu entscheiden, weil bei dem beschränkt generischen Kauf, als bedingtem Geschäft, die Eigentumsverhältnisse des in Zahlung gegebenen Objektes erst im Augenblick des Eintrittes der Bedingung zu prüfen seien und die vorhergehenden Momente für die Entscheidung, ob eine Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung vorliege, unerheblich erscheinen.

Auf den eigentlichen Grund der Divergenz zwischen alternativem und beschränkt generischem Kauf hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse ist schon oben eingegangen worden.

Für die Gefahrverteilung bei der Deterioration des Kaufobjektes haben aber die römischen Quellen die gegenteilige Entscheidung, als sie Mommsen giebt ausgesprochen, und schon hieraus kann man schliessen, dass sie zu der anderen Konsequenz durch eine andere Vor-

aussetzung hingeführt worden sind.[28]) In l. 2 pr. C. heisst es deutlich, dass die Gefahr der Verschlechterung des Weines den Käufer nicht trifft „*periculum vini mutati emtoris non fuit*". Es ist ganz willkürlich, in diese Stelle hinein zu interpretiren, dass nur die teilweise Verschlechterung vom Verkäufer und die Verschlechterung des Restes vom Käufer getragen werden soll, wo es doch überdies in l. 5 D. cit. „*omne periculum*" heisst.[29]) Mommsen freilich meint,[30]) dass sich jenes „*omne periculum*" nicht aus dem *periculum interitus* und dem *periculum deteriorationis* zusammensetze, sondern nur den Gegensatz zu *periculum culpae* bilde. Dass der Verkäufer aber immer für seine *culpa* haftet, brauchte der Jurist hier nicht zu erwähnen, weil das selbstverständlich ist.[31])

Auch Fick[32]) ist es ebensowenig wie Mommsen gelungen, stichaltige Gründe für seine Ansicht, dass der beschränkt generische Kauf ein bedingtes Rechtsgeschäft sei, beizubringen. Er beruft sich für seine Behauptung auf die „Intentionen der Kontrahenten" dem Parteiwillen entspreche es, den beschränkt generischen Kauf als unter der Bedingung für abgeschlossen zu betrachten, dass der Verkäufer thatsächlich die Ausscheidung vornehme. Daraus ergebe sich aber diejenige Gefahrverteilung, die das römische Recht kenne. Hierauf kann aber wohl erwidert werden, dass dann beim alternativen Kauf den Parteiintentionen vielleicht auch die Bedingtheit des Vertrages entspricht, und dass der Käufer den Kaufpreis nur für den Fall zahlen will, dass die gehörige Auswahl des Lieferungsobjektes erfolgt. Warum sollen denn die Kontrahenten, denen doch die rechtlichen Unterschiede

[28]) s. l. 2 pr. C. 4, 48 u. l. 5 D. 18, 6.

[29]) Unterholzner a. a. O. § 454 S. 253 Anm. M.

[30]) a. a. O. S. 342 Anm. 25.

[31]) Vgl. Windscheid, Heid. k. Z. Bd. 2 S. 137 Anm. 21 u. Arndts § 302 u. 3.

[32]) a. a. O. Bd. 8 S. 92 ff.

zwischen Genus nnd Species kaum zum Bewusstsein gelangen werden, in dem einen Fall ein Geschäft für bedingt halten und in dem anderen, bei welchem derselbe äussere Thatbestand vorliegt, nicht! Es ist sehr gewagt, mit den Intentionen der Parteien zu operiren, wenn diese, wie es wohl hier der Fall ist, divergiren. Der Verkäufer wird möglichst früh von der Gefahrtragung befreit sein wollen, und dem Käufer wird es daran liegen, möglichst spät damit belastet zu werden.

Fick beruft sich weiterhin zur Begründung seiner Theorie auf die Aussprüche der römischen Juristen selbst.[33]) Er sagt, dass in l. 35 § 7 D. 18, 1 und in l. 2 C. 4, 48 „völlig unzweideutig" der Kauf eines bestimmten Quantums aus einem grösseren Vorrat „unter dem Gesichtspunkte eines suspensiv bedingten Kaufkontraktes" dargestellt werde. Fernerhin liege ein Beweis dafür in l. 35 § 5 D. 18, 1 „*Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, cum adumerata admensa adpensave sint, quia venditio* ***quasi*** *sub hac conditione videtur fieri.*"

Sehr richtig hat aber Goldschmidt[34]) die Mängel dieser Beweisführung aufgedeckt. Wo die Quellen den Ausdruck „*quasi*" verwenden, wollen sie in der Regel die Gleichstellung mit dem unter „*quasi*" Bezeichneten vermeiden. Der „gleichsam" bedingte Kauf ist eben nicht bedingt und der Umstand, dass die noch nicht erreichte Perfektion in gleicher Weise wie beim suspensiv bedingten Kauf einen Schwebezustand herbeiführt, kann doch eben nur, wie es Sabinus und Cassius thun, zur bildlichen Vergleichung herangezogen, nicht aber zur Konstruktion einer Wesensgleichheit verwandt werden. Ferner spricht (nach Goldschmidt) die l. 8 pr. D. 18, 6 gegen Fick's Theorie. In dieser Lex sind ausdrücklich die Voraussetzungen der Perfektion des Kaufes genannt: konkreter Preis, konkrete Waare und unbedingter Ab-

---

[33]) Vgl. Bd. 8 a. a. O. S. 86.

[34]) Zeitschr. f. H. R. Bd. 1. S. 79 ff.

schluss. Dadurch also, dass der Jurist neben die Essentialien des Kaufes noch die Unbedingtheit als eine dritte Voraussetzung der Perfektion hinstellt, weist er darauf hin, dass der Kauf nicht durch Waare und Preis bedingt ist. Es kann einerseits schon das *pretium* und das individualisirte Objekt fest verabredet und das Geschäft doch noch imperfekt sein, weil es nicht „*pure*" abgeschlossen ist und andererseits ein Kauf zwar „*pure*" zu stande gekommen, aber noch nicht zur Perfektion gelangt sein, weil z. B. das *pretium* oder das Objekt noch nicht gehörig individualisirt ist.

Noch ein Punkt scheint mir für die Unterscheidung des wahrhaft bedingten und des beschränkt generischen Kaufes von Erheblichkeit und auch dies noch gegen Mommsen und Fick zu bemerken zu sein. Ist ein Geschäft unter einer Bedingung abgeschlossen, so kann der bedingt Berechtigte nicht auf Erfüllung der Bedingung klagen: l. 41 pr. D. 18, 1 „*Si vero sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur.*" Beim beschränkt generischen Kauf aber hat der Käufer das Recht, das „*Admetiri*" des Verkäufers mit der *actio emti* zu erzwingen.[35])

Nach alledem erscheint mir die Auffassung, dass der beschränkt generische Kauf unter der Bedingung des Zumessens u. s. w. abgeschlossen werde, weder durch die römischen Quellen erwiesen, noch mit der Natur der echten Bedingung im Einklange zu sein.

§ 7.

Der beschränkt generische Kauf ist ein reiner Genuskauf.

Der Ausdruck „*emtio ad mensuram*" findet in der juristischen Litteratur keine einheitliche Verwendung.[36])

[35]) Flatau Diss. S. 12 Molitor, a. a. O. S. 363 Sintenis a. a. O. S. 594.

[36]) Hoffmann S. 133 ff. n. 2 u. 4.

Im weiteren Sinne bedeutet er diejenigen Kaufarten, bei welchen ein „Messen“ stattfinden muss, um entweder den Preis oder die Waare zu individualisiren. Im engeren Sinne bezeichnet er aber nur einen Kauf eines konkreten, aber noch nicht ausgemessenen Vorrates, dessen Preis vorläufig zwar noch unbestimmt, aber bestimmbar ist. In der Regel nennt man nur diesen Kauf eine *emtio ad mensuram*.

Indem Goldschmidt[37]) unter *emtio ad mensuram* jene beiden Arten von Kaufgeschäften zusammenfasst, findet er einen Mittelbegriff zwischen Species und Genuskauf. Die *emtio admensuram* sei kein Genuskauf, weil in dem einen Fall „über den noch unausgeschiedenen und nur quantitativ bestimmten Teil einer Species“ kontrahirt werde und kein Specieskauf, weil im anderen Fall der Preis noch unbestimmt sei.

Mit Recht hat sich Hoffmann[38]) gegen eine derartige Verschmelzung zweier begrifflich nicht zu einander gehörenden Rechtsgeschäfte ausgesprochen und gesagt, dass „niemals ohne Schaden für die Wissenschaft verschiedenartige Dinge gemeinschaftlich mit gleichem Namen bezeichnet werden“.

Eine Zusammenstellung hat doch nur dann einen wissenschaftlichen Wert, wenn daraus neue rechtliche Gesichtspunkte hergeleitet werden können. Gerade aber in dem wesentlichen Punkte, der Gefahrverteilung, finden wir bei der eigentlichen *emtio ad mensuram* und beim beschränkt generischen Kauf verschiedene Rechtssätze. Freilich trifft das *periculum interitus* in beiden Fällen gleichmässig den Verkäufer, aber das *periculum deteriorationis* belastet bei der *emtio ad mensuram* den

[37]) Z. Bd. 3 S 303 ff.

[38]) a. a. O. S. 134, 135.

Käufer, beim beschränkt generischen Kauf den Verkäufer.[39])

Ausserdem kann nicht zugegeben werden, dass beim beschränkt generischen Kauf „über den noch unausgeschiedenen und nur quantitativ bestimmten Teil einer Species" kontrahirt werde. Wenn der A. an den B. 100 Sack Getreide aus seinem Kornspeicher verkauft, so wird durch die Hinzufügung des engeren Kreises, aus welchem heraus geliefert werden soll, das im Kornspeicher befindliche Getreide noch keine Species. Dann wäre ja auch der schlechthin generische Kauf ein Kauf über den Teil einer Species, denn, ob aus einem Speicher oder aus dem Lieferungstage am Markte vorhandenen Vorrat verkauft wird, muss doch juristisch unerheblich sein. Wo wäre denn dann die Grenze von Species und Genuskauf? Wenn Kohlen aus einer Grube verkauft sind, läge dann ein Kauf aus einem Genus oder Species vor? Sind die in einer Grube befindlichen Kohlen ein unübersehbares Genus? Und wenn man wirklich selbst mit Goldschmidt sagen wollte, dass immer da, wo die Parteien einen konkreten Vorrat bezeichnen, ein Kauf, über den noch unausgeschiedenen Teil einer Species vorliege, was hat denn das rechtlich für Konsequenzen? In den Quellen suchen wir sie vergeblich.

Dass ein äusserlicher Unterschied zwischen dem rein generischen und dem beschränkt generischen Kauf besteht, ist natürlich unleugbar, — auch Windscheid[40]) erkennt dies an — da aber die römische Jurisprudenz die aus jenem Unterschiede sich ergebenden und dem natürlichen Rechtsbewusstsein entsprechenden Folgerungen für die Gefahrverteilung nicht gezogen hat, so können wir auch in der Theorie mit solchen „Mittelbegriffen" nichts anfangen.[41])

[39]) Vgl. Dernburg Pandekten II S. 263 b. u. c. (§ 96), a. A. Mommsen a. a. O. S. 342.

[40]) Pandekten II. § 255 Anm.

[41]) Vgl. auch Bechmann Kauf II. S. 322 Anm. 3.

Goldschmidt's Ansicht wird auch von Dernburg[42]) geteilt. Nach ihm liegt ein besonders gearteter Speciskauf vor.

Die Sonderart des beschränkt generischen Kaufes gegenüber dem Genuskauf liegt aber eben nur in etwas rein Aeusserlichem, nämlich in der Art und Weise, wie die Kontrahenten die Merkmale der Waare bezeichnen. Die Ausdrücke „Uebersehbarkeit" und „Unübersehbarkeit" des Genus stammen von Thöl her. Dass sie juristisch ohne Bedeutung sind, hat Bekker[43]) mit Recht hervorgehoben. Wäre der Satz *„Genus perire non censetur"* richtig, so müsste man allerdings durch das *arg. a contrario* zu dem Schluss kommen, dass überall da, wo eine Unmöglichkeit der Obligationserfüllung durch totalen Untergang des Leistungsobjektes herbeigeführt wäre, eine Species ihren Untergang gefunden hätte. Der cit. Satz ist aber nichts weiter, wie eine Beweispräsumtion und kann folglich in jedem einzelnen Falle von dem Schuldner wiederlegt werden. Wenn der Vorrat, aus welchem heraus zu liefern ist, ein unübersehbares Genus ist, also z. B. alle zur Zeit auf dem Weltmarkt befindlichen Waaren einer gewissen Gattung, so wird allerdings die Wahrscheinlichkeit, dass der Schuldner am Lieferungstage nicht liefern kann, eine sehr geringe, und der Beweis, dass die ganze Gattung, untergegangen ist, sehr schwierig sein. Aber denkbar ist auch hier der Fall der kasuellen Unmöglichkeit; wenn z. B. ein Wertpapier, das bisher immer an der Börse gehandelt worden ist, plötzlich staatlich eingezogen wird, so kann eine solche Unmöglichkeit für die Verkäufer, ihren Verbindlichkeiten *ex vendito* nachzukommen, sehr wohl eintreten. Die Wahrscheinlichkeit einer derartigen Unmöglichkeit wird nun natürlich gesteigert, je enger das Genus ist; dass aber durch diese

[42]) pr. Pr. R. Bd. 2 § 28 S. 65 Anm. 3 u. Pandekten Bd. II. § 25 S. 74.

[43]) a. a. O. S. 366.

rein faktische Verschiedenheit zwischen unbeschränktem und beschränktem Genus eine juristische bedingt sein sollte, ist vom Standpunkte des römischen Rechtes aus nicht anzuerkennen. Ueberdies sind Uebersehbarkeit und Unübersehbarkeit nur Ausdrücke für die Lage desjenigen, der sie anwendet; denn eine objektive Unübersehbarkeit giebt es überhaupt nicht.[44])

Wir kommen also zu dem Resultat, dass der Unterschied von rein generellem und beschränkt generellem Kauf nur ein faktischer, kein rechtlicher ist, und dass wir somit die Grundsätze, die das römische Recht für den reinen Genuskauf aufgestellt hat, auch für den beschränkt generischen verwenden müssen.[45]) Es ist nicht zu leugnen, dass ein logisch nicht auszugleichender Gegensatz zwischen spezifischer und genereller Bezeichnung des Kaufobjektes besteht, und dass die Entscheidungen der römischen Juristen in der Gefahrverteilung vom Gesichtspunkte der rechtlichen Logik aus unanfechtbar sind.[46]) Wir können uns aber nicht der Bemerkung Flatau's[47]) anschliessen: „ein praktisches Bedürfnis diesen inneren Gegensatz zu ignoriren, ist nicht erkennbar."

Eine Gefahrverteilung bei totalem, wie partiellen Untergang desjenigen beschränkten Genus, von dem ein Teil bereits verkauft ist, scheint dem natürlichen, unjuristischen Denken weit gerechter zu sein, als die logische, aber unbillige Gefahrverteilung, wie wir sie in den römischen Quellen finden.

[44]) Flatau a. a. O. S. 10.

[45]) Eck bei Holtz. S. 7.

[46]) Vgl. auch Motive z. ersten Entw. eines bürgerl. Gesetzb. Bd. 2 S. 11 zu den §§ 213, 214.

[47]) Flatau a. a. O. S. 10.

C.

Gefahrverteilung bis zur Perfektion.

§ 8.

Die Verteilung des Periculum bis zur Ausscheidung vor erfolgter Lieferung.

Als vorläufiges Ergebnis für die Beantwortung unserer Frage ergiebt sich folgendes:

Unter dem Periculum beim Kauf versteht man nur die, ohne *dolus* oder *culpa* eines der Kontrahenten, rein kasuell verursachte Unmöglichkeit, das Kaufobjekt überhaupt, oder in der, der Vertragsabrede entsprechenden Gestalt zu liefern. Dieses Periculum trägt der Verkäufer ganz *„donec admetiatur“* bezw. *„antequam tradatur“*. Eine Verteilung, in dem Sinne von proportionaler Beteiligung an dem durch den Kasus entstandenen Schaden findet vor der Erfüllung des Vertrages, der Lieferung, nicht statt. Geht vor diesem Augenblick der ganze Vorrat kasuell unter, so wird der Verkäufer von seiner Lieferungspflicht befreit, erhält aber kein Pretium; geht er nur partiell zu Grunde, so muss er den übrig bleibenden Teil leisten, und der Käufer hat nur soviel zu bezahlen, als er geliefert erhält. Eine Interessenklage auf das Fehlende hat der Käufer nicht.[48]) Ist aber nach dem Inhalt des Vertrages dem Käufer mit einem Teilquantum nicht gedient, so wird er unter Umständen zur Abnahme des Restes nicht verpflichtet sein und demzufolge auch keine Zahlung zu leisten brauchen.

Wollte man den Begriff Periculum auch auf die Lage des Käufers, der durch den totalen oder partiellen Untergang des betreffenden Genus seine Forderung *ex emtio* ganz oder teilweise einbüsst, das Pretium aber ent-

[48]) Vgl. l. 10 § 1 D. 18, 6 a. A. über diese Stelle Molitor a. a. O. S. 525, 526.

weder garnicht, oder nur teilweise zu zahlen braucht, ausdehnen, so würde man zu einem doppelten Periculum gelangen, indem einerseits der Verkäufer um seinen Kaufpreis ganz oder zum Teil, und der Käufer um den entsprechenden Teil der Waare kommt. In diesem Sinne könnte man auch schon vor der Lieferung von einer „Verteilung" des Periculum sprechen.

Nach der Ansicht von Kohler[49]) erfolgt aber noch in anderer Weise eine Verteilung des Periculum. Er sagt a. a. O.:

„Ist nun das Genus nicht ein wirtschaftlich unbegrenztes und schrankenloses, sondern ein beschränktes und messbares, dann lässt sich sagen, dass jede Partie des Genus in gleicher Weise zur Bildung der Species kontributionspflichtig ist, indem sich die Species aus dem Gesamtvorrate heraus konzentrieren. Wenn daher der kontributionspflichtige Vorrat abnimmt, so muss nach Verhältnis auch die hieraus zu konzentrierende Species abnehmen."

Kohler will also, wie er auch noch weiter ausführt, nicht eine Minderung des Forderungsrechtes bei Beibehaltung des ursprünglichen Pretiums, sondern das Periculum soll in Gestalt einer verhältnismässigen Reduktion des ganzen Vertrages auf beide Parteien verteilt sein. Ein Beispiel möge dies veranschaulichen:

Wenn der A. dem B. von 80 Ballen Tuch 10 Ballen verkauft hat, und 40 Ballen gehen kasuell, etwa durch Feuer, zu Grunde, so soll nicht etwa der B. das Geld für die 10 Ballen bezahlen, aber nur 5 geliefert erhalten, auch nicht mehr wie ursprünglich seine 10 Ballen gegen den festgesetzten Preis fordern dürfen, sondern seine Forderung soll proportional zusammenschrumpfen. Er darf also nur 5 Ballen fordern und braucht nur 5 zu bezahlen. Eine derartige Forderungsminderung scheint mir *de lege ferenda* der Erwägung wert, aber nicht aus den römischen Quellen zu folgern. Auch die l. 11 D.

[49]) Anm. 1 a. a. O. S. 392 ff.

18, 6 [50]) spricht nicht für Kohlers Ansicht. Der *emtor fundi* kann den Verkäufer nicht noch auf das Interesse belangen, wenn er ihm einen Teil desselben verkauft hat und nach partiellem Untergang des *Fundus* nur noch einen kleineren Teil, als er ursprünglich zugesagt hat, liefern kann. Das „*agere non potest*" bedeutet aber nicht, dass sich die Forderung des Käufers proportional vermindert hat.

Richtig ist es allerdings, dass in dem von Kohler angeführten Beispiel,[51]) wo 10 Käufer aus einem Fass, das 1200 Liter enthält, je 120 Liter gekauft haben, jeder derselben, wenn 600 Liter kausuell untergehen, nur noch 60 Liter fordern kann. Aber hier handelt es sich um eine faktische Unmöglichkeit des Verkäufers, jedem Käufer die 120 Liter zu liefern, ohne die Rechte des anderen zu verletzen. Hat nur ein Käufer unter denselben Verhältnissen so viel zu fordern, so ist der Verkäufer nicht in dieser faktischen Unmöglichkeit und deshalb bleibt der Verkäufer in voller Höhe verpflichtet.

Es ist auch fraglich, ob man dem Verkäufer in letzterem Falle einen grossen Gefallen thäte, wenn man nach dem kasuellen Unfall seine Forderung auf das Pretium und dementsprechend die Forderung des Käufers auf die Hälfte reduziren würde.

D.

Die Perfektion.

§ 9.

Die Theorie Thöl's.

Das Interesse, welches zahllose Schriftsteller der neueren Zeit dem Perfektionsbegriff beim Genus-

[50]) Kohler beruft sich nicht auf diese Stelle.

[51]) a. a. O. S. 393.

kauf[52]) zugewendet haben, datirt erst von Thöl und Ihering, die für die späteren wissenschaftlichen Forschungen die Bahn freigelegt haben. Vor Thöl hatte man den schwierigen Perfektionsbegriff überhaupt nicht beachtet und die Aussprüche der römischen Juristen, ohne durch die sich ergebenden Widersprüche aufmerksam zu werden, bald für diese, bald für jene Entscheidung herangezogen.[53])

Nach Thöl[54]) ist völlige Individualisirung des Preises und der Waare die Voraussetzung der Perfektion. Die Waare muss derartig konkret sein, dass sie sofort ohne das Hinzukommen einer weiteren Handlung tradirt werden kann. Ueberall, wo sie der Verkäufer erst noch abzumessen, abzuzählen, abzuwiegen hat, mit a. W. wo eine Aussonderung noch nicht vollzogen ist, liegt noch keine *emtio perfecta* vor. Beim Specieskauf ist dieser Zustand der Individualisirung sofort mit dem Vertragsabschluss vorhanden. Denn Species ist ja das, „was sich tradieren lässt".[55])

Hier liegt ein Willens- und Wissenskonsens der Kontrahenten über das individuelle Objekt, welches in *solutione* erscheinen wird, vor. Nicht irgend ein Objekt, sondern das Bestimmte wird hier geliefert werden. Nun sei der Genuskauf beim Vertragsabschluss noch nicht perfekt, aber er werde es unter den gleichen Voraussetzungen wie der Specieskauf, d. h. also nach erfolgter vollständiger Individualisirung der Waare und des Preises. Es erübrige sich jedoch dabei der Willenskonsens. Der Verkäufer könne die Ausscheidung auch einseitig vornehmen; wenn nur der Käufer hinterher davon Kunde erhalte, so sei der Wissenskonsens hergestellt und der Kauf perfekt.

---

[52]) Im Folgenden sei dieser Ausdruck immer für den beschränkt generischen Kauf verwendet, nachdem wir seine Wesensgleichheit mit dem Genuskauf festgestellt haben.

[53]) Vgl. Ihering Jahrb. Bd. 4 S. 373 ff. u. Hoffmann S. 199.

[54]) a. a. O. §§ 261 ff. bes. 264.

[55]) Ihering a. a. O. S. 409.

Zuerst ist dagegen zu sagen, dass die l. 8 pr. 18, 6 nichts von dieser zweiseitigen Ausscheidung erwähnt, und dass sie überhaupt von keiner Ausscheidung spricht.

Der Verkäufer braucht keine Anzeige zu machen und der Käufer nichts davon in sein Bewusstsein aufzunehmen. Es heisst doch lediglich: *„et si id quod venierit appareat, quid quale quantum sit, sit et pretium et pure venit, perfecta est emtio."*

Aus dem Gebrauch des Wortes *„apparere"*, d. h. offensichtlich sein, kann man doch unmöglich herleiten, dass eine schriftliche Anzeige vorhergegangen sein muss, und auch in den übrigen Stellen findet sich nirgends die Erwähnung eines derartigen Perfektionserfordernisses. Aber abgesehen davon, dass die Quellen darüber schweigen, — kann man denn der Anzeige die Kraft beilegen, den Genuskauf zu perfiziren? Die Anzeige ist doch nichts wie eine einseitige Erklärung des Schuldners, und in der Regel pflegen im Rechtsleben solche einseitige Erklärungen höchstens durch eine Acceptation von der Gegenseite bindend zu werden.[56]) Was würde aber hier selbst eine Antwort des Käufers nützen, deren bejahender Inhalt schon vor ihrer Abgabe dem Verkäufer bekannt ist.[57]) Wenn man nun aber selbst diese Bedenken bei Seite lässt, so ergiebt die Annahme der Möglichkeit, dass der Käufer den Bericht des Verkäufers nicht erhält, sofort neue Zweifel an der Richtigkeit der Thöl'schen Theorie.[58]) In zahlreichen Fällen wird ja der Käufer die Anzeige gar nicht erhalten, oder verhindert sein, von ihr Notiz zu nehmen.[59]) Wenn man aber ferner dem Verkäufer das Recht giebt, durch einseitiges Ausscheiden und durch Mitteilung davon an den Käufer den Kauf zu perfiziren

[56]) Bekker a. a. O. S. 383, Regelsberger Arch. a. a. O. S. 197.

[57]) Flatau S. 38 ff.

[58]) Ihering Jahrb. Bd. 4 S. 382 ff.

[59]) Flatau S. 30—31.

und damit die Gefahr auf den Käufer überzuwälzen, so stellt man ihn viel günstiger als den Käufer, und wenn man andererseits das Wissen des Käufers zur Perfektion erfordert, so giebt man schliesslich diesem die Macht, die Gefahr möglichst spät auf sich zu übertragen.[60]) Wenn man aber gesetzlich festsetzte, von welchem Zeitpunkte an der Käufer unter der Voraussetzung, dass Verkäufer die Anzeige richtig an ihn abgesendet hätte, unter allen Umständen, d. h. spätestens, die Gefahr tragen müsste, so würde man die Theorie Thöl's von der „doppelseitigen Ausscheidung", die Theorie des „Wissenskonsenses" zerstören. Mit Recht bemerkt Flatau,[61]) dass Thöl durch den Zusatz zu seiner Lehre, der Verkäufer dürfe die Ausscheidung nicht verfrüht vornehmen, seiner eigenen Theorie bereits „die Spitze abgebrochen habe".

Thöl's Perfektionslehre, die vom Specieskauf ausgeht, wird ferner dadurch in sich selbst widerspruchsvoll, dass sie die Voraussetzungen, des Specieskaufes für den Genuskauf gar nicht durchgeführt. Das ausschlaggebende Moment beim Specieskauf ist gerade der Parteienwille: das individuell bestimmte Objekt solle Gegenstand des Geschäftes sein. Der Wissenskonsens, den Thöl beim Genuskauf für ausreichend zur Perfektion hält, hat aber unmöglich dieselbe Kraft wie der Willenskonsens. Wenn ich weiss, dass mein Verkäufer aus einem Fass Wein 10 Flaschen für mich abgefüllt hat, so kann ich deshalb lange noch nicht mein Wissen auf jene 10 Flaschen richten. (!) Meine Vorstellung ist genau ebenso abstrakt nach wie vor der Ausscheidung. Wenn ich dagegen einen mir individuell bekannten Gegenstand gekauft habe, so hat mein Wille bereits eine sehr konkrete Form angenommen und ich betrachte diesen Gegenstand, auch ohne dass er mir tradirt ist, als bereits zu meinem Vermögen gehörig. Ich weiss auch,

[60]) Flatau S. 230.
[61]) Flatau S. 230.

dass der Verkäufer nicht mehr über das verkaufte Objekt disponiren kann, sondern die bestimmte Sache liefern muss. Habe ich aber 100 Centner Kohlen gekauft, so ist es mir gleichgiltig, ob der Verkäufer, nachdem er bereits die gehörige Anzahl für mich ausgesondert hat, diese liefert, oder andere an ihre Stelle substituirt. Nach Thöl müsste sich meine Wissensrichtung jedesmal, wenn der Verkäufer diesen Vorgang wiederholte, ändern!

Die Spielarten der Thöl'schen Theorie, die sich in der Litteratur finden, sollen hier unberücksichtigt bleiben.[62]) Nur Heyer's[63]) Auffassung scheint in diesem Zusammenhange beachtenswert, weil sie die Grundidee der Thöl'schen Auffassung genannt werden kann.[64])

Die Glosse sehe das Erfordernis der Perfektion in der „*rei certitudo*"; dies gelte sowohl für den Species wie für den Genuskauf. Beim Genuskauf sei in der Regel das Zumessen erforderlich, doch könne ebensogut jede andere Art der Individualisirung so z. B das Markiren der gekauften Balken mit dem Rotstift, oder die Separation der gekauften Früchte eines Obstgartens, die ohne jegliches menschliche Zuthun erfolge, die *rei certitudo* herbeiführen.

Man müsste nun annehmen, dass Heger bei dieser Perfektion stehen bliebe. Nichtsdestoweniger giebt er dem Verkäufer noch immer weiterhin ein „*jus variandi*", weil die zu liefernden Objekte: „*in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie.*" „Denn wenn der Käufer das *quid, quale et quantum* kontraktsgemäss erhält, dann hat er ja keinen Grund zur Beschwerde, denn er hat keine Rechtsverletzung erlitten."[65])

[62]) Bekker a. a. O., Regelsberger Arch. a. a. O. S. 187 ff. Ueber beide vgl. Hoffmann a. a. O. S. 126 ff.

[63]) a. a. O. S. 1 ff.

[64]) Ihering, Jahrb. Bd. 4 S. 382. Nach ihm scheidet auch der Thöl'sche Verkäufer einseitig aus, berichtet nur noch über diese Thatsache dem Käufer.

[65]) a. a. O. S. 29, 30.

§ 10.

Die Theorie Ihering's.

Indem Jhering[67]) von der natüilichen Verkehrsanschauung ausgehend die römischen Quellen über die Perfektion des Genuskaufes durchforschte, kam er zu derjenigen Theorie, welche „die allein dem Leben entsprechende"[68]) ist.

Er selbst hat sein Prinzip dahin formulirt:[69]) „Die Gefahr geht über mit der wirklichen, oder durch *mora* des Gegners verhinderten Lieferung. Die Lieferung bestimmt sich juristisch immer danach, ob und wann der Lieferer das, was ihm nach beiderseitiger Absicht zu thun oblag, gethan hat."

Es ist bereits erwähnt worden, dass sich für die Perfektion beim Genuskauf zwei Stellen in den Digesten finden: Die l. 5. D. 18,6 und die l. 2 pr. C. ht. Die erste enthält den Ausdruck *„admetiri"* und die zweite *„tradere"*. *Admetiri* heisst: etwas zumessen, und *tradere:* übergeben, liefern, abliefern.

Der Ausdruck *tradere* scheint mir auf die Grundnatur des Kaufes, wonach dieser Realkontrakt war, hinzudeuten. Noch ehe man *stipulationes emti et venditi* anwandte, vollzog sich der Kauf wie der Tausch durch Geben und Nehmen, mit anderen Worten: durch das *„tradere"*. Die Unterscheidung von Species und Genuskauf kann nur einer späteren Periode der Rechtsentwickelung angehören. So lange der Kauf noch auf der Stufe des Austausches stand, trat die Perfektion durch den Austausch ein. Als man sich später eine Species versprechen liess, war aber kein Grund vorhanden, an diesen Vorgang die Perfektion noch nicht zu knüpfen, denn das

[66]) Jahrb. Bd. 4 S. 366 ff.
[67]) Kohler a. a. O. S 395.
[68]) Ihering S. 371.

Objekt war ja derartig individualisirt, dass es nur noch hingegeben zu werden brauchte. Weil aber beim Genuskauf noch keine derartige Individualisirung des Objektes vorhanden war, so konnte erst die effektive Lieferung die sich durch das *tradere* vollzog, die Perfektion herbeiführen. Dadurch aber, dass tradirt wurde, wurde notwendigerweise auch ausgeschieden, und der Fall, dass vor der Tradition bereits vom Verkäufer einseitig ausgeschieden war, mag ja auch vorgekommen sein, bildete aber bei dem damaligen Geschäftsverkehr, d. h. bei dem Platzgeschäft, jedenfalls nicht die Regel. Beim Platzkauf pflegt Ausscheidung und Tradition zusammenzufallen. Beim Distancekauf ist gerade das Gegenteil die Regel. Die Römer können folglich den Distancekauf nicht gekannt haben, wenn sie die Ausdrücke *admetiri* und *tradere* als gleichbedeutende verwendeten, da sie doch mit Beziehung auf den Distancekauf nicht von „*admetiri*", sondern nur von *tradere* sprechen konnten. So erklärt sich auch nur, dass sich der schwierige Perfektionsbegriff beim Genuskauf in den Quellen gar nicht behandelt findet, Beim Platzkauf, wobei Ausscheidung und Tradition zusammenfiel, verursachte er natürlich keine Schwierigkeiten. Der Distancekauf ist überhaupt nur ermöglicht worden durch die grosse Entwickelung, die der Fracht und Speditionsverkehr in der neueren Zeit genommen hat. Heute steht er im Mittelpunkt unseres Grosshandels. In Rom kannte man den Lieferungskauf noch nicht: Der Kaufmann in Ephesus, der in Rom seine Einkäufe machen wollte, schickte entweder seinen *institor* dahin, der sie für ihn besorgte, oder ging selbst auf die Reise, oder er gab einem Freunde, der sich zur Zeit am Marktorte befand, ein Mandat, oder die Schiffe des römischen Handelsherrn kamen nach Ephesus und suchten erst dort ihre Käufer. Der Kaufabschluss erfolgte nicht, wie heutzutage durch schriftliche Offerten und schriftliche Annahme, sondern mündlich durch Stellvertreter oder Zwischenpersonen, die entweder sogleich die Waare übernahmen,

oder sich später zur Tradition einfanden. Der römische Handelsverkehr, der, wie wir wissen, ein hoch entwickelter war, konnte dabei gut bestehen und er nötigt keinesfalls zu dem Schluss, dass die Römer notwendig den Distancekauf gekannt haben müssen.[69])

Wenn wir nun daran festhalten, dass die Römer nur den Nahekauf gekannt haben, so folgt daraus, dass in ihrem Geschäftsverkehr der Lieferung, d. h. also der Tradition eine Ausscheidung unmittelbar vorherging. Für sie mag also die Ausscheidung das gewöhnliche gewesen sein; die Quellenstellen nötigen uns indessen nicht, sie als essentiell zu betrachten. Ihering[70]) hat überdies mit gutem Grunde gegenüber Thöl hervorgehoben, dass *tradere* eine völlig feststehende Bedeutung habe, die Bedeutung von *admetiri* dagegen zu Zweifeln Anlass gebe, so dass man also das *admetiri* durch das *tradere* erklären müsse, wogegen Thöl das umgekehrte Verfahren beobachtet habe.

Thöl und alle seine Anhänger sind deshalb zu der Lehre von der Ausscheidung, als Erfordernis für die Perfektion, gekommen, weil sie l. 8 pr. D. 18,6 gleichmässig auf Species und Genuskauf anwendeten. Die l. 8 cit. behandelt aber gar nicht den Genuskauf, sondern spricht nur vom Specieskauf und dieser ist allerdings ohne vollständige Individualisirung überhaupt nicht denkbar.[71])

Ihering ist zu seinem Lieferungsbegriff durch einen praktischen Fall veranlasst worden:

Der A. in X. und der B. in Z. hatten bei einem auswärtigen Kohlenhändler je 600 Centner Kohlen bestellt. Da die Städte X. und Z. an demselben Flusse lagen, liess der Kaufmann die für den A. bestimmten Kohlen zu-

[69]) s. dafür Fick a. a. O. Bd. 8 S. 93, dagegen Puntschart a. a. O. S. 285. 286.

[70]) a. a. O. S. 392.

[71]) s. auch Eck, bei Holtzend. S. 7 ff. und in der Z. f. H. R. a. a. O. S. 144.

sammen mit denen des B. verladen und zwar 800 Centner in einen grösseren und 400 Centner in einen kleineren Kahn. Bevor aber der Schiffer in X. ankam, ging der kleinere Kahn samt seinem ganzen Inhalt bei einem Sturm unter. Der Schiffer lieferte indessen nichtsdestoweniger aus dem Vorrat des grösseren Kahns 600 Centner bei dem A. und den Rest, also 200 Centner, bei dem B. in Z. ab. — Der B., auf den ganzen Kaufpreis belangt, weigerte sich, mehr als 200 Centner zu bezahlen, weil bei Eintritt des Unglückfalles die von ihm bestellten 600 Ctr. noch nicht ausgeschieden worden waren. Das oberste Gericht liess diesen Grund gelten und wies den Kläger ab. Das Urteil stand völlig im Einklang mit der Thölschen Theorie. Gleichwohl war es ungerecht, und es ist Ihering's Verdienst, dies wissenschaftlich begründet zu haben.

„Liefern" heisst nach Ihering's Ansicht, alles dasjenige vornehmen, was der Vertragsabrede entsprechend ist. Der Normalfall der Lieferung ist das *tradere*, d. h. die Uebergabe der Waare durch den Verkäufer an den Käufer; und da die römischen Quellen nur den Nahekauf kennen, so ist nach ihnen *tradere* und liefern identisch. Das Liefern, die Solution, kann aber auch ohne das *tradere* erfolgen, sie kann ihm unter Umständen vorangehen, und dieser Fall ist beim Distancekauf die Regel.

Die Solution setzt nun nicht immer eine Ausscheidung voraus, wenn dies auch der gewöhnlichste Fall ist.[72]) Wenn nur der Verkäufer im Sinne des Vertrages alle nötigen Schritte gethan habe, um das *tradere* vorzubereiten, sei der Kauf schon perfekt geworden, und die Gefahr auf den Käufer übergegangen. In jenem angeführten Fall sei die richterliche Entscheidung deshalb zu verwerfen, weil sie nicht mit der Thatsache rechne, dass der Verkäufer durch Uebergabe der Kohlen an den

[72]) s. auch Kohler a. a. O. S. 396.

Schiffer bereits im Sinne des Vertrages geliefert und sich somit von dem Periculum befreit habe.

Auf Grund seines Lieferungsbegriffes kommt Ihering dazu, dreierlei Arten von Lieferung zu unterscheiden: Das Holen, das Senden und das Bringen.

1. Soll der Käufer die Waare beim Verkäufer „holen", so erfolgt die Lieferung durch die Tradition an ihn oder seine Boten. Die Ausscheidung kann, aber braucht nicht vorherzugehen, sie ist überhaupt nicht erforderlich. Wenn sich z. B. der Empfänger der Waare diese vermengt mit der für einen anderen Käufer geben lässt, so wird nichtsdestoweniger der Verkäufer von dem Periculum befreit.

2. Hat der Verkäufer das „Senden" übernommen, so muss er, um den Gefahrübergang herbeizuführen, die Waare einem ordentlichen Frachtführer zur Besorgung übergeben. Unerheblich bleibt dabei die Thatsache, ob er die von mehreren Käufern bestellten Quantitäten untereinander vermischt, oder jede gesondert übergeben hat.[73])

3. Hat aber der Verkäufer das „Bringen" ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert, so geht der Transport auf seine Gefahr. In diesem Fall hat er nicht schon dadurch, dass er die Waare einem Frachtführer übergab, sondern erst durch die thatsächlich an den Käufer erfolgte Ausantwortung geliefert. Der Frachtführer ist hier nichts weiter wie der Mandatar des Verkäufers. Erst die Tradition bewirkt den Gefahrübergang auf den Käufer.[74])

Nach Ihering ist daher die Perfektion des Genuskaufes immer nur nach der besonderen Art des Vertrages zu beurteilen, weil eben die Parteien unter „Liefern" nicht in allen Fällen dasselbe verstehen. In Rom galt

[73]) a. A. Thöl a. a. O. § 262 S. 851 Anm. 3, Cosack a. a. O. S. 149, Stahl a. a. O. S. 397 u. R. O. H. G. Bd. 23 No. 51, Bd. 22 No. 64.

[74]) Vgl. auch l. 39 D. 46, 3.

immer das *tradere* als Lieferung, bei unseren anders gearteten Verkehrsverhältnissen muss das „*tradere*“ der Quellen durch das „*solvere*“ ersetzt werden.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich auch bei uns das *solvere* durch das *tradere* vollzieht; konkrete Ausscheidung bildet aber keinesfalls seine notwendige Voraussetzung.[75])

Ihering scheint mir namentlich hinsichtlich des letztgenannten Punktes Kohler's Lob, dass seine Theorie die allein dem Leben entsprechende ist, zu verdienen. Selbst diejenigen, welche sich der Ihering'schen Lieferungstheorie angeschlossen haben, wollen die Lieferung als Perfektionsmoment schon gelten lassen, aber ohne Individualisirung überhaupt keine Lieferung annehmen. Nun kann man unter Individualisirung nur völlige Individualisirung verstehen; dabei entsteht aber sofort das gerechte Bedenken, ob bei Quantitätslieferungen eine völlige Individualisirung überhaupt möglich sein wird? Oder ob nicht die mathematische Genauigkeit des Abmessens u. s. w. auf Kosten des Verkehrsbedürfnisses hintenangesetzt werden muss?[76]) Soll etwa der Verkäufer, der statt 100 Centner Kohlen durch Zufall etwas mehr hat verladen lassen, den Vorwurf erleiden, er hätte die gekaufte Waare noch nicht individualisirt, weil sich 3 kg Kohlen mehr, als verkauft waren, in dem kasuell untergegangenen Schiffe befanden? Wenn aber etwa die Gegner unseres Standpunktes erwidern wollen, dass sich eine Theorie mit derartigen Nebensächlichkeiten nicht abzufinden brauche, so kann doch sofort die neue Frage gestellt werden, wo denn die Grenze zwischen dem erheblichen und unerheblichen „Mehr“ läuft?

Dem Verkehr kann nur mit der Ihering'schen Lehre gedient sein, dass die Perfektion alle und nur diejenigen

---

[75]) Vgl. dazu Eck bei Holtz. S. 9, Goose, Jahrb. a. a. O. S. 214, Stintzing a. a. O. S. 203.

[76]) Hanausek a. a. O. S. 101,

Momente zur Voraussetzung hat, welche als Lieferung im Sinne des Vertrages gelten können.

E.

Die Gefahrverteilung nach der Perfektion.

§ 11.

Die Verteilung des Periculum vor erfolgter Ausscheidung, aber nach erfolgter Lieferung.

Erst durch die voraufgegangene Erörterung sind wir im Stande, die Frage nach der „Verteilung" des Periculum beim partiellen Untergang einer Quantität, von der ein Teil verkauft, aber noch nicht ausgeschieden war, zu beantworten.

Zuerst ergab sich nur das Resultat, dass vor der Ausscheidung und vor der Lieferung der Verkäufer sowohl bei totalem, wie bei partiellem Untergang *omne periculum* zu tragen habe.

Nunmehr ergiebt sich, für die Zeit nach der Lieferung für die Gefahrtragung eine erhebliche Modifikation. Da die Gefahr übergeht, „*si emtio venditio perfecta est*" und die Perfektion auch ohne reale Ausscheidung durch die Lieferung erfolgen kann, so muss sich zwischen Lieferung und thatsächliche, schliesslich erfolgende Ausscheidung ein Zwischenraum einschieben, während dessen das Periculum auf diejenigen Personen „verteilt" wird, deren Waaren sich unausgeschieden bei einander befinden. Sehr zutreffend spricht hier Ihering von einer „*Societas periculi*", einer Gefahrensocietät, die so lange dauert, als bis die definitive Ausscheidung gegenüber dem einzelnen Berechtigten erfolgt ist. Welche Personen die Societät bilden, ist für die Gefahrverteilung unerheblich; es sind aber überhaupt nur zwei Fälle denkbar, entweder,

dass der Verkäufer eigene Waaren vermengt mit denen des Käufers lagern oder transportiren lässt, oder dass dies von Seiten des Käufers und eines Dritten geschieht. Tritt nun ein totaler Verlust ein, so verlieren die Käufer oder sonst Beteiligten ihre Kaufforderung ohne gleichzeitig von ihrer Leistungspflicht hinsichtlich des Kaufpreises befreit zu werden. Geht der Vorrat dagegen partiell unter, so verteilt sich der dadurch entstandene Schaden im Verhältnis der Anteile der davon Betroffenen.

Dieses Prinzip bildet den Maassstab für die Beurteilung des von Ihering erörterten Falles. A. und B. tragen den Schaden zu gleichen Anteilen, da sie beide das gleiche Quantum zu erfordern hatten.

Bekker[77]) bedauert es, dass Ihering nichts über die Natur der Regressklagen des B. gegen den A. gesagt habe. B. hatte nur 200 Centner geliefert erhalten, A. dagegen 600 Centner. Da der B. keine Kontraktsklage hat, so bleibt für ihn m. E. nur eine Bereicherungsklage übrig. 200 Centner hat der A. „*sine causa*“;[78]) unter anders gearteten Umständen hätte sie der Zufall ebensogut dem B. zutreiben können.

Dass die Annahme einer „Gefahrverteilung“ im kaufmännischen Verkehr üblich ist, geht aus einer am 15. Mai 1858 getroffenen Vereinbarung der Handelsvorstände von Stettin, Magdeburg, Breslau u. s. w. hervor:[79])

[„Ist ein Teil der aus einem bestimmten Wasserfahrzeuge zu liefernden Quantität einer Waare oder eines Produktes durch Umstände, deren Abwendung nicht in der Macht des Verkäufers gelegen hat, verloren gegangen, so soll der Verkäufer das Recht haben, von der Lieferung dieses Teiles abzustehen.] Sind mehrere Empfänger derselben Waare oder desselben Produktes aus demselben Wasserfahrzeuge vorhanden, so sollen sie an dem Aus-

---

[77]) a. a. O. S. 376.

[78]) Vgl. z. B. l. 4 § 2 D. 12, 1.

[79]) mitgeteilt bei Fick a. a. O. Bd. 8 S. 91 Anm 55.

falle der Quantität, der durch die in diesem Paragraphen bezeichneten Umstände herbeigeführt ist, *pro rata* des von ihnen zu empfangenden Quantum partizipiren.“ —

Eine nicht unerhebliche Folge der *Societas periculi* ist die Annahme einer *Societas commodi.*

Gesetzt, es sendet ein Lotterie-Kollekteur zwei seiner Kunden die bestellten Loospapiere ungesondert zu, und, während sie sich noch auf dem Transport befinden, fällt ein Hauptgewinn auf eins der Stücke. Dieses *commodum* ist hier ganz ebenso *pro rata* zu verteilen, wie es im Falle eines partiellen Verlustes mit dem Periculum geschehen wäre.

Aus dem Uebergang des Periculum folgt m. E. auch die Konsumtion des Wahlrechts des Verkäufers. Hofmann[80]) sagt sehr zutreffend, „das römische Recht lässt den Käufer nie das Periculum tragen, ohne gleichzeitig dem Verkäufer die weitere Disposition zu verbieten.“ Sobald also der Kauf perfekt geworden und das Periculum dadurch auf den Käufer übergegangen ist, verliert der Verkäufer das *jus variandi.*[81])

Dem steht nicht im Wege, dass der Verkäufer unter Umständen trotz der schon erfolgten Lieferung z. B. im Falle des Sendens nach dem H. G. B. das *droit de suite* behält. Uebt er es aber zum Schaden des Käufers aus, so hat dieser gegen ihn eine Interessenklage *ex emto.*

§ 12.

Die Folgen der Mora accipiendi des Käufers.

Der in *mora,* d. h. in Verzug Befindliche hat die Folgen seiner *mora* zu tragen. Beim Kauf heisst das so viel, dass der Käufer immer das Periculum dann zu tragen hat, wenn er in Annahmeverzug gerät. Für den

[80]) a. a. O. S. 129.

[81]) Vgl. Eck bei Holtz. S. 8.

beschränkt generischen Kauf besagt die l. 2 pr. C. 4, 48, dass der Käufer infolge seiner *mora* schon vor der Perfektion das Periculum tragen soll:

„*Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, ante quam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.*“[82])

Der Verkäufer, welcher durch rechtzeitige Lieferung, zu der er bereit war, das Periculum von sich auf den Käufer übertragen hätte, soll durch die *mora* des Käufers nicht schlechter gestellt sein, wenn ihm später die Lieferung kasuell unmöglich wird, oder nicht mehr in der verabredeten Art möglich ist.

Jede Obligation ist ihrem Wesen nach zeitlich begrenzt; innerhalb dieser Grenze berechtigt sie den Gläubiger und verpflichtet den Schuldner. Der Gläubiger erwirbt dadurch ein Recht auf eine bestimmte Leistung und der Schuldner durch gehöriges Anbieten der geschuldeten Leistung auf Befreiung von seiner Pflicht. Darauf kann der Schuldner sogar nach l. 9 D. 19, 1 klagen. Er hat ein Recht darauf, entweder das ihn fesselnde Rechtsband *(juris vinculum)* zu zerschneiden, oder es wenigstens zu lockern, mit a. W. von dem Periculum befreit zu werden. Dem Recht des Gläubigers auf die geschuldete Leistung entspricht keine Pflicht auf deren Abnahme. Wo es aber keine Rechtspflicht giebt, giebt es auch keine Rechtsverletzung und daraus folgt, dass die *mora accipiendi* des Käufers nur ein rein thatsächlicher Vorgang, nicht dagegen ein schuldhaftes Sichweigern ist.[83])

Der Käufer muss das Periculum tragen, weil der Verkäufer leistungsbereit gewesen ist. Ausserdem haftet

[82]) Vgl. ferner l. 5 D. 18, 6, u. II. Entw. eines b. G. B. § 254, u. I. Entw. § 257.

[83]) Vgl. z. B. Windscheid Pand. II § 345 S. 281 ff.

der Verkäufer fortan statt für *culpa levis* nur noch für *dolus* und *culpa lata.*[84])

Diese Wirkung des verfrühten Gefahrüberganges auf den Käufer kann die *mora* nur vor der Lieferung haben, denn nach der Lieferung trägt ja der Käufer immer das Periculum; l. 2 pr. C. 4, 48 *„antequam tradantur.“*

Die Voraussetzungen der *mora accipiendi* sind nach der Art des Vertrages verschieden,

Hat der Käufer das „Holen“ übernommen, muss er also bei der Lieferung mitwirken z. B. durch seine Leute die Zumessung der gekauften Quantität vornehmen lassen, oder dem Verkäufer die Säcke liefern, damit er das Getreide aus seinem Speichervorrat aussondern kann, oder die Eisenbahnwaggons zur Fortschaffung der Kohlen stellen u. s. w., so kommt der Käufer in *mora,* wenn er dies unterlässt und auch auf die Mahnung des Verkäufers hin die nötigen Schritte nicht unternimmt.[85]) Aber der Verkäufer muss in der That erfüllungsbereit gewesen sein, sodass die Lieferung ohne das Dazwischentreten des Käufers sofort zur festgesetzten Zeit hätte erfolgen können. Was im einzelnen zur vollständigen Lieferungsbereitschaft des Verkäufers gehört, ist *quaestio facti:* l 3 § 4 D. 19, 1 *„mora autem (se emtoris) videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat quominus traderet, praesertim si omni temporae paratus fuit tradere.“* [86])

Hat dagegen der Käufer nichts weiter zu thun, als die Waare abzunehmen, so gerät er in *mora,* wenn er entweder vor der Lieferung dem Käufer erklärt, dass er seine Leistung nicht annehmen werde[87]) oder die Traditon durch den Verkäufer thatsächlich unmöglich macht, indem

[84]) Vgl. auch II. Entw. § 254 u. I. Entw. § 257.

[85]) R. O. H. Bd. 15 No. 45 Bd. 18 No. 10, ferner I. Entw. § 255, 2.

[86]) ferner l. 39 D. 46, 3.

[87]) R. O. H. Bd. 21 No. 26 u. I. Entw. § 251, 1.

er die gehörig angebotene Leistung nicht annimmt.[88]) Es wird daher in dem einen Fall sogenannte Verbaloblation, in dem andern Realoblation dem Vertrage entsprechen.

Haben die Parteien verabredet, dass Zug um Zug geleistet werden soll, so liegt in dem Nichtanbieten des Kaufpreises seitens des Käufers ein Verzug, wenn der Verkäufer seinerseits die Waare angeboten hat.[89])

Ist ein bestimmter Zeitpunkt für die Lieferung festgesetzt, und erscheint der Käufer an diesem zur Vornahme der gehörigen Maassregeln nicht, so gerät er in *mora*, selbst wenn der Verkäufer keine Oblation vornimmt.[90])

Unter diesen Voraussetzungen hat die *mora* folgenden Einfluss auf die Gefahrverteilung: Befinden sich die für den Käufer zu liefernden Waaren im Gemenge mit denen des Verkäufers oder dritter Personen, so führt der totale Untergang des Vorrats das völlige Erlöschen der Forderung des Käufers herbei, während er das Pretium zu bezahlen hat. Tritt ein partieller Untergang ein, so partizipiren der Käufer und die Dritten, gleich als wenn bereits geliefert, aber noch nicht ausgeschieden gewesen wäre nach Maassgabe ihres Anteils.[91]) Es gilt also das bereits oben erörterte Prinzip.

---

[88]) l. 72 pr. D. 46, 3 u. l. 6 D. 44, 4.

[89]) Vgl. auch II. Entw. § 252 u. I. Entw. § 256.

[90]) Vgl. Windscheid, Pand. II. § 345 S. 280 I. u. I. Entw. § 255 (letzter Absatz).

[91]) Vgl. die entgegengesetzt lautende Entsch. des Stuttg. O. H. G. in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 12 S. 258.

III. Schluss:

Das Deutsche Recht.

§ 13.

Die Bestimmungen des A. L. R.'s, des H. G. B.'s und des II. Entw. eines B. G. B.'s.

Das Deutsche Recht kennt den eigentümlichen und nur geschichtlich zu erklärenden Satz des römischen Rechts, dass beim Spezieskauf der Käufer die Gefahr bereits vom Vertragsabschluss an trage, nicht. Stobbe[1]) sagt, die deutsche Auffassung, dass dem Käufer, der weder Eigentum noch Besitz an der gekauften Sache verlangt hatte, nicht noch die Gefahr der Verschlechterung aufgebürdet werde, sei im Deutschen Volke so fest eingewurzelt, „dass jeder Nichtjurist noch heute ganz ebenso entscheidet, wie seine Vorfahren vor einem Jahrtausend."

Nach Deutscher Anschauung begründet erst die Tradition, die Erlangung der „Gewere", den Gefahrübergang. Wie wenig Kraft die Kaufabrede für sich allein hatte, geht ja auch daraus hervor, dass man bis zur Tradition das ganze Kaufgeschäft für wiederruflich hielt.[2]) — Hinsichtlich der Behandlung der *mora* stimmt aber das Deutsche Recht mit dem römischen überein.

---

[1]) a. a. O. S. 272.

[2]) a. a. O. S. 277.

Schon vor erfolgter Traditiou trägt der Käufer die Gefahr, sobald er in *mora* kommt.[3])

Bei dieser Rechtsbildung ist es erklärlich, dass wir im Deutschen Recht nicht auf die römisch rechtliche Streitfrage, zu der uns die widerspruchsvolle und wenig genaue Ausdrucksweise der römischen Quellen hinführt, stossen. Da aber die römische Lehre vom Periculum in einigen Deutschen Partikularrechten rezipirt wurde, so z. B. im Schwabenspiegel,[4]) im Brünner Schöffenbuch,[4]) in der Frankfurter Reformation[4]) u. s. w., schliesslich auch im *cod. Nap.*,[4]) so hätte sich jener Streit über die Perfektion beim Genuskauf auch schon ergeben können, wenn man nicht zu fest an dem römisch rechtlichen Perfektionsbegriff des Specieskaufes gehangen hätte. Ohne Individualisirung konnte man sich eine *emtio perfecta* überhaupt nicht denken.[5]) Im kaufmännischen Verkehr muss nur hin und wider die Frage aufgetaucht sein, ob die Versendung der Waare eine bereits wirksame Ausscheidung sei.[6]) Bis zu dem Ihering'schen Gesichtspunkte, dass Lieferung, gleichviel ob mit oder ohne reale Ausscheidung die Perfektion und damit den Gefahrübergang herbeiführe, ist keine grössere deutsche Gesetzgebung gelangt, wenn auch die weite Fassung der betreffenden Gesetzesparagraphen (vgl. z. B. Art. 345 H. G. B.) die Anwendung der Ihering'schen Resultate nicht geradezu ausschliesst.

Das A. L. R. steht völlig auf deutschrechtlichem Boden. Erst die Tradition perficirt den Kaufvertrag.[7]) Wird die verkaufte Sache kasuell vor der Uebergabe

---

[3]) A. 63 Wiener Stadtbuch (cit. bei Kohler a. a. O. S. 388 u. Stobbe S. 280).

[4]) Vgl. Stobbe S. 284.

[5]) Vgl. z. B. Strube rechtliche Bedenken II. N. 384 bei Gruchot a. a. O. S. 393.

[6]) Vgl. die Entsch. in Seuffert's Archiv Bd. 4 No. 91.

[7]) A. L. R. I, 11 §§ 95 u. 100.

gänzlich vernichtet, so wird der ganze Kaufvertrag für aufgehoben angesehen. Also trägt der Verkäufer das Periculum.[8]) Geht das Genus, aus dem geliefert werden soll, partiell unter, so bleibt zwar der Verkäufer weiter zur Lieferung des Restes verpflichtet, aber der Käufer hat das Recht, die Annahme zu verweigern, wenn er „ein bestimmtes Maass oder Gewicht oder eine gewisse Zahl" gekauft hat „und es fehlt etwas daran bei der Uebergabe."[9])

Beim Vertrag unter Anwesenden hat sich das Landrecht zu dem fortgeschrittenen Standpunkt, den Dernburg[10]) auf ein gemeines Gewohnheitsrecht zurückführt, bekannt, dass mit der Absendung die Gefahr auf den Käufer übergeht.[12]) Die Frage, ob auch Absendung ohne Individualisirung als Perfektion gelte, hat es aber nicht entschieden, und so herrscht darüber eine geteilte Auffassung in Theorie und Praxis.[13])

Das Handelsgesetzbuch hat sich vollständig den Bestimmungen des A. L. R. angeschlossen. Es heisst im Art. 345 Abs. 1: „Nach Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst zum Transport der Waare bestimmte Person trägt der Käufer die Gefahr, von welcher die Waare getroffen wird."

Da es auch hier an einer klaren, unzweideutigen Entscheidung darüber fehlt, ob mit der Absendung zugleich eine Individualisirung erfolgen müsse, um den Gefahrübergang zu bewirken, so erklären sie die Einen für nötig,[14]) die Anderen für überflüssig.[15])

---

[8]) A. L. R. I, 5 § 364.

[9]) A. L. R. I, 11 § 207.

[10]) Pr. Priv. R. Bd. 2 § 138 Anm. 3.

[11]) A. L. R. I, 11 § 128.

[12]) A. L. R. I, 11 § 128.

[13]) Dernburg a. a. O. Anm. 7.

[14]) Vgl. z. B. Hofmann S. 129, Kosack a. a. O. S. 149, R. O. H. G. Bd. 22 No. 64, Bd. 23 No. 51.

[15]) Hanausek a. a. O. S. 109.

Nach den Bestimmungen des Art, 345 kann die Gefahr schon in einem früheren Augenblicke, als dem der Absendung, vom Käufer zu tragen sein, wenn das betreffende Partikularrecht dies verlangt.

Das Handelsgesetzbuch hat also nur den spätesten Zeitpunkt des Gefahrüberganges festgesetzt.

Denselben Standpunkt wie das H. G. B. nimmt der II. Entw. eines b. G. B. ein. Der § 388 enthält nichts wie eine Wiederholung der Bestimmungen des H. G. B's. Entschiedener war der erste Entwurf; § 214 desselben sprach es unzweideutig aus, dass die Leistung bewirkt werde durch Uebergabe der ausgewählten Sache.[16]) Also trug danach vor der Ausscheidung der Käufer noch gar kein Periculum.

Den Fall der *mora accipiendi* regelt § 254 des 2. Entwurfs in der Weise, dass die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger übergeht, „in welchem er durch Nichtannahme der angebotenen Sache in Verzug kommt." Wiederum entschiedener war der erste Entwurf, der im § 257 bestimmte: „Ist der Gegenstand eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, so geht mit dem Zeitpunkte, in welchem der Gläubiger durch Nichtannahme der ausgewählten und angebotenen Sache in Verzug kommt, die Gefahr auf den Gläubiger über."[17])

Der Entwurf 1. Lesung geht also einerseits über Thöl hinaus, indem er sich nicht mit der Ausscheidung begnügt, sondern Leistung durch Tradition entweder an dem Käufer selbst, oder an seinen Spediteur zum Uebergang des Periculum erfordert; andererseits aber bleibt er hinter Ihering's Lehre zurück, indem nach ihm ohne Ausscheidung keine Perfektion und Gefahrübertragung stattfindet.

Von einer Gefahrverteilung ist demnach gar keine Rede, es müssten sie denn die Parteien besonders ver-

---

[16]) Motive S. 326, siehe sie auch zu § 465.

[17]) Motive S. 74.

einbart haben. Zu Gunsten des Käufers hat der Entwurf die ganze Gefahr dem Verkäufer bis zur Ausscheidung aufgebürdet. Dass er dem Verkehr damit keinen Gefallen erweist und das Rechtsbewusstsein verletzt, scheint mir nicht zweifelhaft zu sein.

Der Entwurf 2. Lesung hat unsere Frage offen gelassen und somit die Möglichkeit gegeben im einzelnen Falle den Streit über Ausscheidungs- und Lieferungstheorie zu erneuern.

Buchdruckerei Gustav Schenck, Königlicher Hofbuchhändler, Berlin SW. 19.